

# Derecho Romano

*Dr. Jairo José Guzmán García*



UCA

•calidad•prestigio•tradición



09922281

**Facultad de  
Ciencias Jurídicas**

Coordinación de  
Educación a Distancia

Teléfonos: 2278 6509 ó 2278 3923-27, ext. 1296 E-mail: [robleto@ns.uca.edu.ni](mailto:robleto@ns.uca.edu.ni)

20  
09

340.54  
6-993 de

Universidad Centroamericana  
Facultad de Ciencias Jurídicas

Asignatura

Derecho Romano

Profesor:

Dr. Jairo José Guzmán García

6959

Ingreso	26-10-09
Comprado a	multa
Donado por	—
— 200992228	



*Cuide los libros,  
No los raye, ni los ensucie.  
Cuidar las cosas ajenas evita  
problemas.*

## DERECHO ROMANO

Prof.Dr. D. Jairo José Guzmán García  
Catedrático de Derecho Romano y Civil  
Universidad Centroamericana

### Bibliografía recomendada:

- a. KASER, Max; Derecho privado moderno, 5ª. Edic. trad. José Santacruz Teijeiro; Reus; Madrid; 1982.
- b. IGLESIAS, Juan; Derecho romano; Ariel; Barcelona; 2002.
- c. BONFANTE, Pietro, Instituciones de Derecho Romano, 5ª. Edic. 2ª. Reimpresión; Reus; Madrid; 2002.
- d. SCHIPANI, Sandro; La codificazione del Diritto romano comune; Giappichelli editore; Torino; 1999.
- e. BURDESE, Alberto; Diritto privato Romano; quarta edizione; UTET; Torino; 1993.

Calificaciones: I examen parcial: 30 puntos.  
II examen parcial: 30 puntos  
Examen final: 40 puntos



## I UNIDAD: “INTRODUCCIÓN, SUJETO DE DERECHO Y DERECHOS REALES”

### §1. Introducción

#### El Derecho Romano en nuestra formación jurídica

El Derecho, no es producto exclusivo de cada tiempo y de cada lugar, sino más bien, constituye un conjunto de principios en torno a los cuales y desde los cuales se crean normas cuyo contenido describe las necesidades de regulación del comportamiento de los sujetos a él sometidos.

Lógicamente, nuestro Derecho patrio no escapa a esta afirmación, y en consecuencia se puede afirmar que es producto de una evolución histórica, no las leyes como tales, que sólo son la expresión literal de la voluntad de un sujeto llamado legislador, sino, los principios que inspiran todas y cada una de esas reglas que nos señalan los modos de comportamiento que se espera de nosotros como agentes sociales.

Así pues, el Derecho nicaragüense es el fruto de la conciencia cultural de que pertenecemos de alguna manera a una corriente de civilización, la occidental, que tiene sus propios rasgos definitorios respecto de las otras culturas. Por supuesto que también es fruto de la reflexión, a veces no tan profunda, de que compartimos con otros pueblos de la misma zona de influencia cultural, ideas, principios y formas de comportamiento y por ende maneras de resolver los asuntos que nacen de la cotidianeidad, tantas veces repetida a lo largo de la historia.

Si se tiene por cierta la sentencia de que quien conoce su pasado se conoce a sí mismo, debemos dar por cierto también, que para poseer un conocimiento completo del Derecho nicaragüense, debemos conocer aquello que se encuentra en la base del mismo, y que en el caso del Derecho privado, al menos del civil, el Derecho de Roma informa su basamento y sus primeras evoluciones. Así, la mayoría de las instituciones romanas, encuentra cabida en nuestro Derecho civil, cuajan en nuestras normas, atemperadas por la evolución de las ideas y de las sociedades a las que antes que a la nuestra alcanzó, mas conocer esas instituciones, manejarlas, implica también conocer el sustento material en el que se asientan las vigentes, su razón de ser, su leitmotiv histórico.





El Derecho romano, símbolo de enjundiosa historia que luego de sucumbir a las bárbaras invasiones que dieron al traste con el Imperio romano de occidente, renació con vigor, cuando la Europa de la alta edad media que necesitaba desesperadamente esquemas normativos uniformes y bien pensados, descubrió, a través de los estudios boloñeses la grandeza del saber jurídico de Roma e inició así una andadura que no ha cesado de avanzar desde entonces y que ya lleva un mil años y más.

Iniciamos pues, el estudio de un Derecho que se podría pensar muerto, mas no del todo, pues mientras perviva la sucesión, el contrato, y tantas otras figuras que aún se conservan vivas en nuestro Derecho y en el de nuestro entorno cultural, se prolongarán los ecos de un pasado que inició en la República Romana, hace ya dos mil quinientos años y que ha sido estudiada por tantas generaciones, de la cual, nosotros ahora somos una más.

## Definición, estructura y esquemas del Derecho Romano

Ante todo debemos estar claros de que el Derecho es la manera más adecuada de regulación entre los miembros de la sociedad, por ello IGLESIAS<sup>1</sup> expresa que *“daña cuanto atente a la idea de que el Derecho es arte excelso, arte que eleva a que los hombres, que son todo menos fantoches, vivan mejor entre sí, en alianza que procura la justicia”*

### Concepto

El Derecho Romano, es el estudio de los conceptos que ordenados según los textos históricos del corpus iuris civilis, sirven de base a los ordenamientos jurídicos de raíz latina.

### Estructura del Derecho Romano

El estudio del Derecho romano se reduce al análisis de las partes de que se integra esa magna y excelente obra del emperador Justiniano (siglo VI):

-Digesta (pandectae): es compilación de la jurisprudencia que resulta de una serie de fragmentos extraídos de las obras de los principales jurisconsultos romanos, ordenado en cincuenta libros (533 d. J).

-Institutiones: En este libro se exponen los principios elementales del Derecho y estaba elaborado para facilitar su estudio (533 d. J).

-Codex: Compilación de las leyes o constituciones imperiales. En ellas se comprende también las leyes nuevas y las decisiones de antiguas de Justiniano (534).

-Novellae: como su nombre lo indica, son nuevas constituciones emanadas de la autoridad de Justiniano una vez terminada la compilación (535-536)

---

<sup>1</sup> IGLESIAS, Juan; Derecho romano; Ariel; Barcelona; 2002; pág. 3.



### **La transmisión del Derecho romano al Derecho de occidente<sup>2</sup>:**

La civilización occidental está, según se dice, vertebrada sobre tres pilares fundamentales, a saber, el cristianismo, la Filosofía griega y el Derecho Romano.

Y precisamente, el Derecho romano, ha informado y sigue informando buena parte de los Ordenamientos jurídicos (civiles) del mundo. Especialmente de los que han evolucionado a partir de aquel, como el nuestro, que a través de la influencia española, y de la codificación francesa, contiene expresión innegable de las figuras jurídicas romanas.

No obstante, para llegar hasta nosotros el Derecho romano, debió transcurrir muchos siglos en los cuales, los hitos representativos son:

En la Universidad más antigua del mundo (Bolonia), hacia la primera mitad del siglo XI, nace la llamada escuela de los Glosadores, quienes estudian y por ello, su nombre (porque glosan los textos originales), actualizan el Derecho Romano a las necesidades de su tiempo<sup>3</sup>. Dentro de los nombres ilustres de esta escuela están, el de su fundador, Irnerio; Marín; Búlgaro y Hugo. Además, otros que se unieron posteriormente, como Acursio, Azón y Odofredo<sup>4</sup>.

Los trabajos interpretativos de esta escuela, siguieron los de los llamados "postglosadores", quienes en el siglo XIV, aplicando a los textos originales y las glosas, las fórmulas interpretativas escolásticas, continúan en el estudio del Derecho romano.

Como se recordará estas escuelas sentaron las bases de lo que luego se denominó "Derecho común", por estar en la base de los Derechos de los pueblos latinos –Francia, España, Italia, Portugal–.

El estudio del Derecho romano, cribado por el Derecho común, pasó a ser materia de revisión de la llamada escuela del Derecho natural, nacida hacia el siglo XVIII, la cual aplica a la interpretación del Derecho Romano, la razón, no

---

<sup>2</sup> Cfr. KASER, Max; Derecho romano privado, 5ª. Edic. trad. José Santacruz Teijeiro; Reus; Madrid; 1982; pág. 11 ss.

<sup>3</sup> Cfr. IGLESIAS, Juan; Derecho romano; Ariel; Barcelona; 2002; pág. 49.

<sup>4</sup> Ibidem.

ya la simple exégesis textual. Tiene entre sus principales exponentes a GROCCIO, PUFENDORF, DOMAT, entre otros.

A partir de las enseñanzas de DOMAT y POTHIER, se diseña el esquema y contenido del Código francés, promulgado en 1804, y a partir de entonces, la sabiduría romanista consagrada en su texto, inspiró el proceso de codificación que se mostró vigoroso en nuestro continente y en la vieja Europa durante el siglo XIX y primeros años del XX.

Como es de apreciar, de esta última manera, los principios inspiradores del Derecho romano, fueron recogidos en nuestro texto civil y en consecuencia, podemos considerarnos, en cuanto a sistema civilista, hijos de la evolución que hemos descrito antes. Ello es pues, una de nuestras señas de identidad y componente de nuestra cultura.

### **Estadios históricos del Derecho romano**

En nuestras clases de esta materia, encontraremos casi siempre, referencia a la etapas por las que atravesó el Derecho romano, la primera, referida al Derecho más primitivo, esto es, correspondiente a los años de la monarquía que abarca desde la fundación –según la tradición en el 753 a.C-. La segunda es la de la República, que se inicia hacia el 510 a. C. Después, se puede apreciar, la época correspondiente al Principado imperial, que se inicia aproximadamente en el año 27 a. C<sup>5</sup>.

#### **a. La Roma monárquica**

La configuración de Roma desde su fundación hasta el siglo tercero antes de Cristo, es de "POLYS", es decir, imitación de la organización estatal griega. Caracterizada por ser una aglutinación de hombres libres que asentados en un territorio determinado, conviven en él y lo defienden frente a cualquier ataque extranjero, además de colaborar entre sí en la función de adoptar decisiones que implican el interés de todos<sup>6</sup>.

La composición organizacional familiar tiene importantes consecuencias en los orígenes de ideas fundamentales del Derecho romano. Así, a partir de la

---

<sup>5</sup> Idem, pág. 20 s.

<sup>6</sup> Cfr. TOUCHARD, Jean; Historia de las ideas políticas; Tecnos; Madrid; 1998; pág. 29 ss.



noción de familia como un organismo político, se va a la gens, que es agrupación de familias unidas a través de la autoridad del *pater gentis*<sup>7</sup>.

La civitas, nace del asociacionismo de las gens romanas y así, se constituye un régimen que imitando al familiar, está encabezado por un rex, quien es asistido en el manejo de las cosas públicas, por un senado, el cual además de esta función, queda a cargo de las funciones del rex, a la muerte de éste y hasta tanto se elija uno nuevo<sup>8</sup>. En este sentido, se puede decir que las principales figuras gubernativas de Roma, eran: rey, senado y comicios.

Según lo dicho hasta aquí, las características que definen este período histórico son:

- a. La familia es la célula principal de la organización social
- b. Al poder del paterfamilias se someten todos los miembros de la misma, incluso, todos los bienes habidos dentro de la familia son atribución de dicho pater. Su potestad no radica en en parentesco sino en el sometimiento a su autoridad.
- c. Está presente la "gens", que es la agrupación de familias –es una ancha familia– reunidas bajo un lazo de índole política y regida proe el pater gentis.
- d. El pueblo romano se divide en tres tribus: Ramnes, Tities y Luceres.

## b. La República

Como ya adelantamos, la República romana se desarrolla desde el 510 a. C, y en ella, las características del Derecho van a cambiar respecto de lo acontecido en la etapa anterior.

En primer lugar se produce un cambio radical de las estructuras sociales, así, el territorio, se divide en cuatro, a partir de la división en cuatro tribus: palatina, esquilina, succusana, y colina. La población se divide en clases y centurias, esto a efectos de defensa o estrictamente militares, puesto que desde entonces Roma se dedica a conquistar nuevos territorios que exceden los viejos linderos de sus posesiones<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 12.

<sup>8</sup> "Muerto el rey, los patres ejercen el poder por tiempo de cinco días cada uno, hasta que el pueblo aclama y presta obediencia al nuevo monarca, designado por el predecesor, y éste es el principio romano en materia de sucesiones...": IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 12.

<sup>9</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 14.



El creciente número de plebeyos, clase social que no es considerada cubierta por el derecho quiritorio, propio de los patricios, y su participación en el ejército y por ende en las guerras, implicó un lento pero eficaz cambio respecto de los derechos a ellos asignados en la urbe.

Así pues, hacia el 494 se permite la creación del Tribuno de la plebe, cuya misión es proteger a los plebeyos frente a los abusos a que los sometían los patricios. Posteriormente se reconoce la fuerza legal de las decisiones del consejo de la plebe –*Concilia plebis*–.

La intención de acercamiento entre las dos clases sociales, patricios y plebeyos, forzó la creación de la *Lex duodecim tabularum* (451-450), a la vez incentivó a permitir el matrimonio mixto, lo cual sería logrado a través de una *lex Canuleia* (445)<sup>10</sup>.

### Principales magistraturas

Durante la época republicana, el poder político se encontraba repartido según las funciones a que se dirigía, en<sup>11</sup>,

- . Cónsules
- . Pretores
- . Censores
- . Aediles curules
- . Questores
- . Dictador
- . Senado

Los cónsules, están a cargo de la jefatura del Estado, durante un período de un año, por ello también son jefes del ejército.

La función pretoriana es la administración de la justicia. Existió un pretor urbano y uno peregrino.

Los censores tenían como tarea la confección y mantenimiento del censo de los ciudadanos, registro que tenía importancia por razón del ejercicio del derecho al sufragio, a la tributación, al servicio militar y a la tutela de las costumbres.

---

<sup>10</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 15.

<sup>11</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 16 s.

Aediles curules. Son funcionarios cuyas funciones son de índole policial.

Los questores constituyen un tipo de magistrados auxiliares de los cónsules y de los censores. Tienen alguna participación en la administración de justicia criminal.

El dictador, es un magistrado único con poderes supremos, cuya investidura se produce en casos de extrema necesidad, puesto que una vez nombrado recaía en él todos los poderes de las demás magistraturas. Sustituye a los cónsules cuando la República atravesaba períodos de peligro para la estabilidad del modelo de gobierno.

Por último, el Senado, no es más que una asamblea integrada por los hombres más representativos de la sociedad romana, ya fuera por su fortuna monetaria o ya por su liderazgo. Tienen como función defender las tradiciones auténticas de Roma, es la institución en torno a la cual gira la vida política de la Ciudad. También se encarga de temas como las relaciones internacionales, la guerra, la hacienda, el culto, la dirección del ejército, nombramiento de representantes y gobernadores de Roma en las provincias conquistadas<sup>12</sup>.

### c. El principado

Las gigantescas dimensiones adquiridas por Roma en el sentido territorial, a base de conquistas y guerras, hace ineficiente el antiguo sistema de administración diseñado para pequeñas ciudades. Así pues, la vieja constitución ya no es operante para el manejo de tan fabuloso territorio.

La pujanza económica experimentada en este tiempo, llevó al enriquecimiento de banqueros, constructores de naves, proveedores de utensilios bélicos, entre otros, quienes conforman una nueva clase económica que desplaza de la posibilidad de decidir sobre asuntos medulares para la pervivencia del Estado, a la vieja clase patricia, senatorial y hasta de la agrícola, que había contribuido de tan decisiva forma a mantener el equilibrio en el anterior estado de cosas<sup>13</sup>. Las pugnas entre las antiguas clases poderosas y las nuevas y emergentes clases económicamente fuertes, degeneró en desorden y muestras de un caos político aunado a un sentimiento de vacío de poder. Esta situación generó en disturbios sociales que se suceden entre los siglos II y I a. C; lucha por el poder que provoca la sucesión en breve tiempo, de varios gobiernos. Así la dictadura

---

<sup>12</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 17.

<sup>13</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 20.

de Sila y los intentos de principado de Pompeyo. Finalmente, tras revueltas sociales, los romanos depositan su confianza en una mejoría de la situación en Octavio, lo cual sucede después de su victoria en la campaña que emprendió contra Marco Antonio. Asume Octavio la tarea de restarurar la paz y la justicia, además de superar el caos moral, económico y político de los últimos tiempos inmediatamente anteriores a su mandato. En él, como dice IGLESIAS<sup>14</sup>, distinguen los romanos, al princeps civitatis, primero entre los cives, al más digno para llevar a cabo la restauración y vigorización de las viejas virtudes y tradiciones religiosas y nacionales. Así pues, el año 27 a. C, como consecuencia de la perturbación social en la República, nace el principado, instaurado por Augusto.

El príncipe no tiene la capacidad de atribuirse a sí mismo todos los poderes, como podría pensarse, puesto que en la conciencia de los romanos aún está latente y vivo el espíritu republicano, cuya conformación política y jurídica es tan diferente.

No obstante, esta situación irá cambiando poco a poco, de tal manera que llegará el tiempo en que el príncipe vaya acumulando los títulos y las facultades que antes, en la República, estaban repartidos en tantos funcionarios.

Así, el príncipe no es ya un magistrado más, sino que en él se encarna un nuevo órgano, de vida permanente, investido con un imperium y una tribunicia potestas que contrastan abiertamente con las viejas notas de la temporalidad, de la colegialidad y la responsabilidad, que eran propias de las magistraturas republicanas<sup>15</sup>.

#### d. Imperio

La crisis por la sucesión en el trono del imperio, acaecida después de la muerte de Alejandro Severo (235 d. C) tendrá una duración de casi cincuenta años, cuando por fin, llega al poder imperial Diocleciano.

El estilo de gobierno de Diocleciano se aparta ya totalmente de la moderación en la que hasta entonces se habían mantenido sus antecesores. Impuesto en el poder por el ejército, adopta el sistema de ideas que sobre el poder era propia de los orientales: el jefe es señor único.

---

<sup>14</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 20.

<sup>15</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 22.

Al llegar al gobierno de Roma, Diocleciano favorece al ejército, y en consecuencia asienta en las instancias Estatales, a una burocracia que sustituye a las antes vigentes magistraturas. Así, el poder se desplaza de la sociedad Estado a un Estado en manos de la burocracia y de la milicia, donde no se advierte la más leve adhesión a los principios del viejo dinamismo político-social<sup>16</sup>.

No obstante, la acumulación de todas las manifestaciones de poder en la persona del imperator, no cesó y en consecuencia, se invistió de aquella potestad que nadie se había atrevido a buscar: ser un dios. Efectivamente, el emperador se autoproclamó, a la usanza de las culturas orientales, como la egipcia, "dios", y así, culminó la labor de concentración en su persona de todo poder posible sobre los súbditos.

En el Derecho, esto tuvo evidentes repercusiones puesto que toda facultad de los sujetos estaba al arbitrio de los dictados y del ánimo del emperador.

### **El Derecho y sus fuentes, conceptos fundamentales**

Para determinar, qué se deba entender a partir del término, Derecho, debemos partir de la constatación de que el hombre, como consecuencia de su propia naturaleza de ser racional, tiende a establecer orden, reglas a sus acciones, en orden a los fines que se propone alcanzar. Y esto es válido tanto para el hombre de forma individual cuanto para el conjunto de seres humanos de que se integra la sociedad<sup>17</sup>.

#### **1. Derecho privado y derecho público**

En el Derecho, se presenta la necesidad de distinguir entre lo que es Derecho privado y Derecho público, como dos desdoblamientos de una misma realidad que tienden al cumplimiento de distintos fines.

Así, se puede decir, que es Derecho Privado aquella parte de las normas que integran el Derecho de una sociedad, que regula las relaciones inter personales en orden a los intereses que no afectan a la colectividad, sino más bien sólo a los individuos que participan en la relación de que se trate.

---

<sup>16</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 24.

<sup>17</sup> BURDESE, Alberto; Diritto privato Romano; quarta edizione; UTET; Torino; 1993; pág. 1.

Por el contrario, es público, el Derecho que determina los comportamientos tenidos por apropiados respecto de los asuntos en los cuales prima el interés de la sociedad, es decir el interés público, y que de manera directa o indirecta se conecta con lo que es llamado "*res publica*".

Definitivamente, el *ius publicum* regula las relaciones políticas, los fines que el Estado debe alcanzar, en cambio, el *ius privatum* regula las relaciones entre los ciudadanos privados, fija condiciones y límites en el interés de los particulares<sup>18</sup>.

## 2. Derecho imperativo y Derecho dispositivo

Dentro de las normas existen algunas que aunque regulan relaciones entre particulares son llamadas de "Derecho público", lo cual se produce cuando con el interés individual concurre un interés social o general. Su cumplimiento no se puede dispensar y por ello son de Derecho imperativo.

En cambio, existen otras que dirigidas a regular relaciones entre particulares, es posible que se observen o no, sin que su incumplimiento represente una violación jurídica, como el hecho de estipular en el contrato que no se responderá de la culpa cual no podría ser valdereo por el caso del dolo, el cual, no puede ser dispensado para nada.

## 3. Derecho subjetivo y objetivo

El Derecho objetivo tiene su fuente en el Estado, y tiene por característica ser coactivo respecto a su cumplimiento, ya que incluso, hasta por la fuerza se puede imponer su cumplimiento. También es bilateral en el sentido de que enfrenta a dos sujetos, uno debe observar un determinado comportamiento respecto del otro.

En sentido subjetivo, se puede decir que derecho equivale a una "facultad" o "poder" o "autorización" que se reconoce a un sujeto, lo cual implica una tutela de los intereses que se consideran dignos de protección, tutela que el Estado realiza por medio de la norma. No obstante estas ideas "modernas" de lo que es Derecho en su sentido subjetivo y objetivo, no era propio de los romanos. Para ellos, el derecho subjetivo sólo podía tener como definición de "poder". poder personal y no sólo facultad, el poder descansaba en la "*manus*", la mano es

---

<sup>18</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 4, 60.



símbolo de poder<sup>19</sup> El origen del poder reside en la "conquista", el apoderamiento físico. Pese a que se instaurasen medios pacíficos para adueñarse de algo o alguien, sobrevive la idea de alguien o algo, una res, o de alguien, deudor in cumplidor. La idea de aprehender algo, de conquista está presente, así, la palabra praedium (predio, finca) está emparentada con praeda, de prae-hendere, prendere, apoderarse de algo, cogiéndolo.

#### 4. Fuentes del Derecho romano

Según opinión de BONFANTE<sup>20</sup>, las fuentes del Derecho romano, son aquellos modos según los cuales la norma jurídica es establecida como tal, es decir, como norma positiva y coactiva. Y por manera general las fuentes de este Derecho se pueden resumir a la Lex y a la Consuetudo, esto es a la ley y a la costumbre.

No obstante, a efectos de mayor claridad, a su vez, la Lex se puede descomponer en varios factores que también se integran en la categoría de fuentes del Derecho romano.

##### — Costumbre

La distinción entre costumbre y ley, se hace a la manera de los griegos, considerando la forma exterior, por ello, se manifiestan los preceptos: *ius scriptum* es la ley y *ius non scriptum* es la costumbre. En referencia a la segunda, se dice que es la más primitiva de las formas en que nace el Derecho, lo cual resulta normal pues esta fuente es la más natural y espontánea y por ser la misma de la que toman su origen las demás normas sociales, las cuales en las épocas primitivas no se distinguen nada del Derecho<sup>21</sup>.

##### — La ley

Según algunos textos relativos a este tema se puede decir que la *lex*, para los romanos no es otra cosa que una norma nacida de un cierto consenso, de un

---

<sup>19</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 5.

<sup>20</sup> BONFANTE, Instituciones de Derecho Romano; 2002; 22.

<sup>21</sup> BONFANTE, Instituciones de Derecho Romano, 2002, 22.

acuerdo, y por ello se encuentra definida por Capitón, como “GENERALI IVSSVM POPVLI, ROGANTE MAGISTRATV”<sup>22</sup>.

Aquí se puede hacer una distinción que en el estado actual de la doctrina civilista tiene mucho arraigo. Así, se puede distinguir entre *lex publica* y *lex privata*.

La *lex privata* o *lex contractus*, estatuto elaborado por y para los particulares en sus relaciones propias<sup>23</sup>.

Contrario sensu, la *lex publica* se ha de entender como la disposición normativa que mana del pueblo. Y nace de un convenio en virtud de lo cual se dice que la ley es precepto común, convención de la República.

#### Formación y partes<sup>24</sup>

Propuesta la *lex* –*lex rogata*–, por el Magistrado que preside la asamblea comicial, el pueblo en ésta representado la acepta<sup>25</sup>. Esta nota de bilateralidad también está presente en la *lex privata*, nacida del convenio de los particulares.

El texto de la *lex pública* o *rogata*, consta de una *praescriptio* o prefacio, en el que figura el nombre del Magistrado proponente, el lugar y fecha en que tuvo lugar la asamblea y, si ésta se verificó *tributum*, el nombre de la tribu que abrió la votación y del ciudadano que en ella fue el primero en votar. A la *praescriptio* sigue la *rogatio* o parte dispositiva, para acabar, por lo común con la *sanctio* que fija los términos precisos para asegurar su eficacia.

Por lo general, las leyes suelen ser conocidas por un nombre, el cual corresponde al nomen del magistrado proponente –*lex aquilia*– y también, a veces con el cognomen –*lex Publilia Philonis*–. Si la propuesta parte de un cónsul, figuran los nombres de los dos colegas unidos asidénticamente –*lex poppaea*–.

---

<sup>22</sup> “Mandato general del pueblo, a propuesta del magistrado”.

<sup>23</sup> BURDESE, Diritto privato Romano, 1993, 18.

<sup>24</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 32 s.

<sup>25</sup> A diferencia de la *lex data*, dictada por un Magistrado en uso de las facultades a él delegadas por los comicios y cuyo contenido son normas administrativas.

Pudiera pensarse que la actividad de creación de leyes en Roma fue asidua, sin embargo, no es así. Escasas son las ocasiones en las que la ley penetra en la esfera del Derecho privado. Normalmente, la actividad legislativa atañe al Derecho público, punto al cual se hace la excepción de la *lex duodecim tabularum* que aprobadas las primeras diez en 451, se completaron en 450 con otras dos tablas que fueron aprobadas a instancia de los plebeyos. Debe saberse que las materias principales sobre las que versaba su texto eran Derecho penal, procesal y privado.

Lógica consecuencia de la decadencia de las antiguas instituciones romanas, cuando los comicios perdieron su protagonismo frente al poder del príncipe y la importancia de la ley pasa a las constituciones imperiales. Y siempre en ese proceso de pérdida de valor, hacia el siglo I de nuestra era, se puede decir que la ley desaparece.

#### — Plebiscito

Ilustrativo el nombre de esta otra fuente del Derecho romano, puesto que él mismo denota su procedencia y su realidad.

Plebiscito no es otra cosa que una norma jurídica emanada del Concilium plebis, o sea de la Asamblea de los plebeyos. Originalmente, no posee la calidad de norma jurídica, hasta que a través de una *lex hortensia* de 286 a. C se les otorga el valor de ley para todos los romanos<sup>26</sup>.

#### — Senadoconsultos

Mucho fue el tiempo que el Senado de Roma no desempeñó una función de tipo legislativo, aunque influía con su *auctoritas* —*auctoritas patrum*, en la formación de las leyes comiciales y de los plebiscitos. También tenía el Senado una función de preparación de proyectos legislativos, salvo en los períodos en que se arrogó la facultad de juzgar sobre la constitucionalidad o no de las leyes —último período de la República<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> BURDESE, *Diritto privato Romano*, 1993, 18.

<sup>27</sup> BURDESE, *Diritto privato Romano*, 1993, 29.

Ciertamente, la actividad legislativa del Senado tiene su punto de partida en el período del principado, aunque no ejerce tal potestad de forma soberana, sino más bien, el Príncipe dicta las directrices de las leyes que se van a aprobar<sup>28</sup>.

En cuanto a su estructura, el senadoconsulto posee una estructura parecida a la de la ley: prefacio, con el nombre del magistrado convocante, senadores que intervinieron en la redacción, lugar y fecha. Relatio, con motivos y propuesta, y Sentencia, o resolución aprobada<sup>29</sup>.

#### — Constituciones imperiales<sup>30</sup>

Bajo el principado, especialmente en tiempos del imperio absoluto, la constitución imperial es fuente primaria y casi absoluta del Derecho. Por eso Ulpiano la describió como: "Lo que plugo al príncipe tiene fuerza de ley". También Justiniano, en este mismo sentido declaró "sólo el emperador será justamente reconocido como único legislador e intérprete de la ley".

GAYO expresa que la constitución imperial es "lo que el emperador establece por decreto, edicto o epístola", así, no se duda para nada que toda resolución que con carácter normativo realice el emperador tiene fuerza de ley refrendado por el poder imperial.

Se puede distinguir a este tipo de normas en cuatro clases a saber:

- a. Edicta, normas dictadas por el príncipe en uso del ius edicendi, anejo a su imperio proconsulare, semejante al de los antiguos magistrados de la República.
- b. Decreta, Resoluciones extraordinarias en procesos civiles o criminales de los que conoce el príncipe en primera instancia o en apelación
- c. Rescripta, son respuestas a preguntas planteadas por los magistrados, funcionarios o particulares.
- d. Mandata, no son otra cosa que instrucciones dadas por el príncipe, singularmente en materia administrativa, a los funcionarios de la administración provincial.

De los antes citados tipos de constituciones imperiales tienen especial importancia los decreta y los rescripta, pues sirven mayormente a una obra de reforma o corrección del derecho vigente.

---

<sup>28</sup> BURDESE, Diritto privato Romano, 1993, 29.

<sup>29</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 34.

<sup>30</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 35.

— Edicto de los magistrados

Esta fuente del Derecho se halla íntimamente ligada al IVS EDICENDI, que es la facultad, propia del magistrado, de dirigirse al pueblo ya de palabra, ya por escrito.

Esa facultad está ejercitada a través del llamado *edictum*, o programa que describe cuál será la actuación del magistrado durante su mandato. El *edictum* puede ser de dos tipos, uno *perpetuum*, que es el propio de cada magistrado y cuya vigencia es por el tiempo que ocupe el cargo. En cambio, el *edictum tralaticium*, es un programa de actuación que se prolonga respecto de su vigencia para el período inmediato posterior al del magistrado que lo ha dictado.

Ha de decirse aquí que el más importante tipo de edicto es el emitido por los pretores, pues a través de su contenido se pretendía ayudar, suplir o corregir al ius civile.

Y es que los magistrados como el pretor que resuelve controversias entre cives urbanus o inter vcives et peregrinus, crean nuevas normas sin llegar, formalmente, a afectar al ius civile. A través del ejercicio de la judicatura negaban la aplicación práctica de normas civiles o bien, concedían medios procesales que no tenían fundamento en las normas del ius civile. Al principio no era más que un ejercicio de concesión o denegación de cuestiones relativas al caso concreto a él presentado. Posteriormente, cuandotales medidas son validadas por la experiencia que responde a las necesidades normativas de la realidad social y por tanto se muestran como útiles, son agregadas al *edictum* publicado al inicio del año de su cargo y en consecuencia se incorpora como uno de los parámetros que regirán la duración del mismo (por ello se denomina *perpetuum*)<sup>31</sup>.

En la era republicana se permite que una vez consolidadas por la práctica las innovaciones realizadas por el pretor respecto del ius civile, éstas pasasen inalteradas al magistrado que posteriormente ocuparía su lugar, constituyéndose así, junto a los medios procesales propios del ius civile, otros medios de elaboración magistratural denominados, a través del llamado *edictum tralaticium*<sup>32</sup>.

— La ciencia jurídica<sup>33</sup>

<sup>31</sup> BURDESE, Diritto privato Romano, 1993, 26.

<sup>32</sup> BURDESE, Diritto privato Romano, 1993, 27.

<sup>33</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 36 s.



El intérprete del ius es el prudens, el perito en materia jurídica. El jurista es ayuda y consejero del particular, le instruye sobre las formas de los negocios o contratos –cavere– y de los pleitos –agere– y facilitándoles respuestas a sus consultas –respondere–. A este personaje acuden en busca de asesoramiento el pretor y el juez.

La iurisprudencia es ejercida en los primeros tiempos por los pontífices. A fines del S. IV y comienzos del III a. C; deja de ser pontifical para convertirse en oficio libre. Entre los nombres ilustres de este oficio están Apio Claudio, censor en el año 312. Sesto Elio Cónsul en 198 a. C. Del siglo segundo se pueden citar a Marcio Porcio Catón, censor en el año 184 a. C. En el último siglo de la República los más famosos juristas son, Quintus Mucius Scaevola, Cónsul en 95 a. C y autor del primer ensayo sistemático de Derecho civil. Servio Sulpicio Rufo, cónsul en 51 a. C, a su vez discípulo de Aquilio Galo –autor de la stipulatio aquiliana y de la fórmula de la actio doli–.

Estos juristas clásicos nunca abrigan la pretensión de ser “originales” u “ocurrentes”, son servidores de un cierto número de principios fundamentales, y en ello reside, según el gran Savigny, el mérito de su grandeza.

A consecuencia de las críticas por los demanes e injusticias contenidas en leyes y puestas en acción por sentencias de los tribunales, la actividad de los jurisconsultos tropezó con el poder despótico del príncipe.

La jurisprudencia o razonamiento del Iuris prudente, son la base para la formación del Corpus Iuris, y básicamente se ocupan del derecho privado pues dejan a otros, a los cuerpos funcionariales el cuidado de la res-pública. Es esta disciplina jurisprudencial la que, en todas las horas difíciles de la vida pública romana, sabe mantener la línea del Derecho Privado, evitando la inseguridad e incertidumbre en un campo que tanto ha menester de la parsimonia.

La tarea principal de los jurisprudentes es afanarse en la resolución, con el bonum et aequum de cuestiones o casos vitales y candentes. Las enseñanzas que ellos brindan constituye plasmación del espíritu más auténtico del Derecho romano aplicado a cada caso concreto.

### Principales ideas romanas sobre el Derecho<sup>34</sup>

- a. IVS: Después de un cierto desarrollo de la noción de orden, en Roma surgió en el lenguaje jurídico, en la época antigua y precisamente a partir de la legislación decemviral en la segunda mitad del siglo quinto, el término IVS. Usado en la lengua latina para designar el fenómeno que nosotros denominamos "derecho". Este término, con abstracción de las dificultades lingüísticas en cuanto a la determinación de su etimología, constituye elemento utilizado de varias formas por los distintos textos jurídicos. Posee pues una gran gama de significados que torna imposible su reconducción a un concepto verdaderamente unitario y claro. Ello se debe al hecho de que los romanos rehuían de la abstracción y así, no se preocupaban de realizar conceptualizaciones generales y tampoco de adecuar a ellas el uso de una terminología técnica<sup>35</sup>.

El jurisconsulto Celso, define el Derecho como *ars boni et aequi* es decir "arte de lo bueno y de lo justo". Esta determinación corresponde a un estadio histórico en el cual ha sido superado el antiguo formalismo, descubriéndose la esencia íntima del IVS en lo que a la conciencia social, que obra con toda suerte de datos –económicos, políticos, psicológicos, éticos– tiene por bueno y justo –*bonum et aequum*– y reclama como necesario.

Los significados del sustantivo "IVS", pueden reducirse a las siguientes categorías:

-IVS significa aproximadamente "principio objetivo y supremo de determinación del modo de ser o de funcionar de una comunidad social, sea en su conjunto, sea en sus singulares elementos. En suma, los casos en que "IVS", más o menos claramente, encubre la noción de ordenamiento jurídico y con sentido absoluto:

1 D:1.1.1 "Conviene que el que ha de dedicarse al estudio del Derecho conozca primeramente de dónde deriva la palabra "IVS". Se llama así de IVSTITIA, ya que como elegantemente lo define Celso, es el arte de lo bueno y de lo Justo" (Ulpiano)

---

<sup>34</sup> IGLESIAS, Derecho romano, 2002, 54.-59.

<sup>35</sup> BURDESE, Diritto privato Romano, 1993, 26

con significación limitada a singulares hipótesis: Gayo 1,2 "El Derecho del pueblo romano está constituido por las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones de los príncipes, los edictos de los magistrados que tienen el poder de emanarlos y las respuestas de los juristas.

2 IVS significa aproximadamente "situación, poder, facultad de un individuo o del un ente:

-Gayo 1, 48: "En el Derecho de las personas de da otra división. Pues unas personas son independientes y otras están sujetos a un poder ajeno"  
- D. 50.1.54 "*Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habere*" "Nadie puede tranferir a otro más derecho que el que él tuviere".

3 IVS scontribuye a significar, en ciertas frases o expresiones, la determinación concreta de un acontecimiento por parte de quien tenga el poder de hacerla.

- XII Tablas, 6, 1: *Uti lingua nuncupassit, ita ius esto* (así como la lengua haya pronunciado, así sea el derecho)

4 IVS significa lugar en que el magistrado pronuncia el derecho:

-D.1.1.11 "En otra significación se llama derecho al lugar en que éste se administra, aplicando la denominación delo que se hace al lugar en donde se hace".

-D.11.1.4.1 "Lo que dice el Pretor: el que hubiere respondido, interrogado en derecho, debe entenderse así, ante los magistrados del pueblo romano o los gobernadores de las provincias u otros jueces, porque derecho (ivs) es aquel solo lugar en que uno de llos se constituye para definir el derecho o para juzgar...".

- b. IVS Y FAS: Parece normal el hecho de que en todas las culturas, la religión haya constiuido un elemento asociado al Derecho, puesto que toda norma surge del aspecto de tmor que el hombre alberga respecto de ciertas ideas o realidades. Por\* eso también en Roma, en sus primeros tiempos, no se distingue claramente el derecho humano del divino.

Al parecer lo que antiguamente se pretendía diferenciar desde un punto de vista eminentemente religioso era la licitud o ilicitud de un acto o

comportamiento. La diferencia entre lo que se podría llamar derecho divino y derecho humano, estaba dado por la denominación a la que se acudía para determinarlos: IVS y FAS.

Según la doctrina romanista, el vocablo "fas", podría hacer referencia a "fari", es decir a "hablar", y así vendría a significar algo así como la licitud que asiste al pronunciamiento de ciertas palabras sacramentales y además, es posible que "ivs", aludiese a la licitud de una actividad o "facere".

Lo cierto es que hacia los últimos tiempos de la era republicana, se deja específicamente establecida una distinción tajante entre los dos vocablos de que venimos hablando. Así, "IVS", definirá al Derecho humano y "FAS", tendrá la significación de "lo lícito religioso", o bien lo que se podría considerar como "IVS DIVINUM", norma que es divina no tanto por su origen como por el objeto sobre el que recae.

- c. AEQVITAS: Aequitas y Aequus, son términos expresivos de la adecuación del Derecho positivo a los hábitos, costumbres, sentimientos e instintos morales e intelectuales arraigados en la conciencia colectiva. Por su medio, el IVS ha de plegarse a las singulares contingencias de cada hecho, de cada negocio o de cada relación. Habida cuenta de esa mudanza cotidiana a que es llevada la vida social, en otro caso, el IVS conduce a la iniquidad.

Como el Derecho es, según hemos dicho, la suprema forma dispuesta a efectos de procurar la inexistencia de conflictos o la manera en que esos conflictos se pueden resolver, es lógico que la realidad social le otorga en cada territorio, un carácter propio, una manera de ser. En definitiva, la realidad imprime su sello en las formas que adopta el Derecho.

Ciertamente, las normas, por estar confeccionadas por hombres, en ocasiones adolecen de defectos textuales al no contemplar circunstancias que se pueden producir en la realidad, o bien, habiendo regulación para casos similares, al final no se logra hacer un encaje perfecto del hecho en la norma. Así pues, se presentan para su solución cuestiones que la ley deja sin contestar, ya por su defectuosa redacción, ya por su angostura formal o incluso, a consecuencia de que el espíritu de los nuevos tiempos la ha agotado y dejado carente de positividad.

En Roma, cuando tal situación se presenta, entonces interviene la Aequitas, restableciendo la justa proporción, el exacto equilibrio, entre Derecho y vida.

Se puede decir, pues, que *Aequitas*, es el medio por el cual se produce la acomodación del IVS a las nuevas exigencias de la realidad. En esa labor, tuvieron especial participación el Pretor y los Emperadores, ambos bajo el consejo siempre preciso y justo de los juristas.

Con el advenimiento del Cristianismo, el concepto de *Aequitas* adquiere las connotaciones agregadas de, *pietas*, *benignitas*, *charitas*, *benvolentia*, y en consecuencia pasa este concepto a informar el Derecho de forma definitiva. Así, pues, *Aequitas*, deja de ser la adecuación a la vida corriente, para denotar lo justo en el entendido de concepto con raíz eminentemente ética, en cuyo nombre se ha de actuar con caridad: sustancia del Derecho es la *Aequitas*.

- d. **IVSTITIA**: El Derecho, tal como lo entienden los romanos, no es ciencia anclada en el mundo de los valores ideales, sino, justicia, y la realidad se cierne sobre la realidad viva del suceso humano.

Ulpiano define la justicia como "Constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho" (D. 43,26,2).

Debe aclararse que de lo que aquí se habla no coincide con un concepto de justicia pura, de la más alta justicia que es virtud íntegra e inmovible que abraza en sí a todas las virtudes, sino de la justicia terrena, que estableciendo una cierta igualdad entre los hombres propende a la consecución del bien común. La justicia se concreta en ordenar las acciones exteriores de conformidad con los mandatos del Derecho positivo.

Lo que falta en la definición romana es una determinación de la regla que sirva para descubrir ese "derecho de cada cual" en los distintos momentos y en las diferentes situaciones, en las contingencias de hecho a que está sometida la vida social. Sin embargo, no carece el jurista del criterio preciso para distinguir lo justo de lo injusto, lo lícito de lo ilícito. Por ello, se lee en el D.1111: "En efecto, cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y de lo justo, separando lo lícito de lo ilícito, discerniendo lo lícito de lo que no lo es".

- e. **TRIA IVRIS PRAECEPTA**: En D.1.1.10.1 se lee que los preceptos jurídicos sobre los que descansa la justicia y el Derecho son: **HONESTE VIVERE, ALTERVM NON LAEDERE, SVVM QVIQVE TRIBVERE**.

Los tres preceptos atañen a toda suerte de normas sociales, a las que es común un mismo principio o medida universal sobre el obrar, pero adquieren máxima significación referidos al Derecho, cuya esencia radica en el imperativo que pone a la voluntad. La esfera de lo *honestum* es más



amplia que la de lo "lícito", mas ello no significa que *honestum* no sea un postulado de la justicia.

*Honestus* se relaciona con *virtus*, de *vir* y con honor, como expresión y reconocimiento de aquélla. *Vir honestus* es tanto como *vir bonus*, es decir, hombre cuyos actos son conformes con el honor civil, con la plena reputación de que goza ante la ley, y la ley no a otra cosa se ordena que al bien común. Los otros dos preceptos se entienden en el sentido de que no se debe lesionar situaciones jurídicas, y en el de que es preciso dar a cada uno lo suyo, de conformidad con el Derecho.

- f. **ACTIO y EXCEPTIO:** Actio Es el medio para que el titular de un derecho subjetivo pueda conseguir la efectividad de éste. Originalmente, significó la "acción jurídica", la actuación del acreedor por la que éste hace su derecho objeto de una contienda judicial. Del acto de demandar (el cual difiere de la moderna acción) deriva la expresión "tener una acción", equivalente a tener un derecho cuya efectividad puede conseguirse mediante el proceso. La significación de la palabra *actio* oscila entre el significado jurídico-procesal de acción y el jurídico-privado de pretensión, esto es, de derecho privado que se hace valer por vía procesal.

La pretensión jurídico privada que sirve de base o fundamento a la *actio*, es en la concepción romana un concepto reflejo del hecho que el ordenamiento jurídico, en determinados supuestos otorga una protección jurídica mediante un proceso, el cual ha de ser incoado con el ejercicio de una acción.

La *exceptio* es también originariamente una institución de derecho procesal que consiste en exceptuar al demandado de la condena por efecto de la acción pudiera serle impuesta. Es un poder sustraerse a las exigencias del actor.

## §2. El sujeto de Derecho

El concepto de persona dentro de la doctrina jurídica responde, tal y como hoy se la conoce, es el resultado de una larga y ardua evolución en la que el concepto de la dignidad humana fue elemento decisivo.

Por ello, en referencia al Derecho Romano, no se puede hablar de la categoría del mismo modo que en la actualidad. Y en cambio, la persona, si por ello entendemos simplemente sujeto de derechos y de obligaciones, estaba referida a la posesión de un triple status: el civitatis, el libertatis y el status familiae.

Esta condición de poseedor de status, comenzaba con el nacimiento y culminaba con la muerte.

En cuanto al nacimiento, ha de decirse que para entender que un sujeto humano había nacido y se había ubicado en una posición jurídica, era necesario que se diesen los siguientes supuestos:

- a. Total desprendimiento del claustro materno
- b. Nacimiento con vida, y,
- c. Que el nacido tuviese forma humana

### Status Libertatis

Según los textos jurídicos romanos, los sujetos se clasifican en libres y esclavos.

Son esclavos los sujetos que por la ley se encuentran privados de libertad porque se someten, de forma absoluta, a los dictados de quienes son considerados como propietarios.

La esclavitud romana es un fenómeno que se plantea a partir de la manifestación económica de la antigüedad, puesto que dicha institución era común en la mayoría de las culturas.

Se dice que en sus orígenes la esclavitud romana no tuvo los mismos caracteres que las posteriores épocas históricas. Así pues, fue en la época de finales de la República y comienzos del imperio cuando se masificó el número de esclavos en Roma, ello, como producto de la conquista y reducción de los habitantes de esos territorios conquistados a prisión<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> IGLESIAS, Derecho Romano, 2002, 74 s, agrega que "Las compras de esclavos por parte de los comerciantes romanos que frecuentaban los grandes mercados de Grecia y del Asia Menor, y el lujo

## Causas de la esclavitud

Se llega a ser esclavo por nacimiento, por cautividad de guerra, por condena judicial o por disposición especial de la ley.

En el caso del nacimiento la esclavitud es consecuencia de nacer de padres con condición de siervos, o bien por nacer de madre esclava pese a haber sido concebido por hombre libre. En la última etapa del imperio, se reconoció el derecho del hijo, a ser considerado como libre si en algún momento la madre que originalmente era esclava fue libre.

Lógica consecuencia del fenómeno de la guerra en aquellos tiempos, es el hecho de que los prisioneros fuesen utilizados en los trabajos necesarios bajo la figura de esclavos.

## Extinción de la esclavitud

Esta condición del sujeto termina por la declaración de voluntad de quien es propietario del esclavo, de que ya no le tiene por esclavo. Este acto jurídico se denomina "manumissio", que no es más que la salidas de la manus, de la potestad del dominus.

Por la realización de la manumisión se equipara el liberado a un ciudadano cualquiera de la ciudad.

Existen tres formas de manumisión:

1. Manumissio vindicta: que consiste en un proceso fingido, que se realiza con las mismas fórmulas de la in iure cessio
2. Manumissio censu: Inscripción del esclavo, con el consentimiento de su dueño, en las listas del censo de los ciudadanos.
3. Manumissio testamento: Finalización de la esclavitud por así disponerlo el causante en su testamento. Puede ser de dos tipos, directo y fideicomisario. El primero es la orden ineludible que da el causante a su heredero de libertar a un determinado esclavo, por el contrario la forma indirecta se produce cuando se ruega al heredero la liberación de un esclavo en particular.

---

desmedido de las clases pudientes, que llevó a sustituir el trabajo libre por el trabajo servil, favorecieron también la mayor extensión de este estado de sujeción personal".

## Status civitatis

En este status se encuentra el primer sistema de la llamada ciudadanía. Por tal categoría se entiende que un sujeto está sometido a una suerte de derechos y de obligaciones por razón de su pertenencia a una ciudad determinada. En el caso de roma y en razón de su original constitución como Ciudad-Estado, sólo algunos sujetos tenían la consideración de *civis*, que es la atribución propia de quien pertenece a la *civitas*.

La serie de derechos y de obligaciones que se integran dentro del concepto de ciudadano incorpora por igual al Derecho público y al Derecho privado. Así, se pueden enunciar algunas facultades de orden público, como el *ius suffragii*, o derecho de voto en las asambleas; *ius honorum*, que es el derecho de acceso a los cargos a magistrados; *ius commercii*, por el cual se puede realizar válidamente los negocios transmisivos de la propiedad civil y en general, los contratos; *ius connubii*, que es el derecho a contraer matrimonio y a constituir una familia; por último, puede mencionarse la *testamenti factio* tanto en su aspecto pasivo como activo.

Se puede mencionar también el hecho de la denominación propia de los sujetos, es decir la composición de su nombre, el cual se integra por tres partes:

- a. *Praenomen*: que es el nombre individual que sirve para distinguir al sujeto de los demás componentes de la familia Por ejemplo, Marcus.
- b. El *Nomen*, que es una denominación gentilicia o familiar Tullius.
- c. El *Cognomen*, que indica la rama específica de la gens a la que pertenece.

## Status Familiae

Con este nombre se designa a la situación jurídica en que se encuentra un hombre que siendo libre y ciudadano se inserta también dentro de un núcleo familiar, en orden a su capacidad de obrar.

Dentro de la clasificación de los sujetos en orden a su estado familiar se encuentran los llamados *sui iuris* y *alieni iuris*. Los primeros que sin necesidad de ser padres, son llamados *pater* o *paterfamilias*, son únicamente los varones no sujetos al poder familiar romano y siempre en cuanto que es o puede ser jefe de una familia. De tal posibilidad está excluida la mujer, aunque sera *sui iuris*<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> IGLESIAS, Derecho Romano, 2002, 90.

Así las cosas, quien se encuentra sometido a la potestad familiar, no importando su edad y su sexo, es llamado *alieni iuris*. En esta categoría se ubican:

- a. Los *filiusfamilias*, que son descendientes legítimos o adoptivos de un *pater* viviente.
- b. La mujer sujeto a la manus de su propio marido, o bien a la potestad de un *paterfamilias* bajo la cual se encuentra el dicho marido.
- c. El *in causa mancipii*, que es quien ha sido recibido como compensación de una deuda impagada, o bien tras haber cometido delito.

Se podría pensar que los *filiusfamilias* son incapaces, no obstante en el orden de sus derechos públicos, cuentan con el *ius sufragii* y el *ius honoru*. Y en el orden familiar natural, pueden ser tutores y contraer válidamente el matrimonio.

Una de sus mayores limitaciones está constituida por carecer de capacidad económica activa, de tal forma que todo cuanto es adquirido por ellos entra a formar parte del patrimonio del *pater*. En cambio, por lo que hace al aspecto de su capacidad económica pasiva, éstos pueden obligarse con sujetos pertenecientes a la misma familia o bien ajenas a la misma. En el primer caso las obligaciones son de orden natural y en el segundo, de orden civil, aunque su exigibilidad efectiva es sólo posible cuando cesa sobre él el ejercicio de la manus paterna.

### La capacidad jurídica y sus modificaciones

Se denomina capacidad jurídica a la potestad que de conformidad con el derecho asiste a un sujeto para realizar válidamente actos.

Se puede entender que la capacidad se distingue entre capacidad de obrar y capacidad jurídica. Capacidad de obrar es la idoneidad para realizar actos con efecto jurídico. Los actos pueden ser lícitos –negocios jurídicos– transgresiones jurídicas, infracción de obligaciones personales y de otras pretensiones–, distinguiéndose entonces la capacidad de obrar en capacidad negocial y capacidad delictual o de imputación.

La capacidad de obrar no siempre coincide con la capacidad jurídica. Así, por ejemplo, el *infans* –el menor de siete años, en la ley justinianeas– puede tener un patrimonio, si es en el tráfico jurídico precisa la asistencia de una autoridad protectora –*auctoritas tutoris*– que supla su falta de discernimiento. En todo caso, la capacidad de obrar hace referencia a la facultad de realizar actos



libremente, es decir, sin la necesaria mediación de ajena voluntad. Por otra parte, puede tener capacidad de obrar quien carece de capacidad jurídica. Tal ocurre con el esclavo, a quien se reconoce la facultad de realizar negocios jurídicos, si bien los efectos de los mismos se produzcan en relación con el dominus<sup>38</sup>.

En cuanto a las modificaciones de la capacidad jurídica, se tienen como causas de la misma a la degradación del honor civil, la religión, la condición social, la profesión y el sexo.

La degradación del honor civil: El llamado honor civil, la justa reputación, el estado de íntegra dignidad comprobado por las leyes y las costumbres, puede destruirse o sufrir menoscabos o degradarse. La destrucción se verifica por la *capitis deminutio maxima* o *media*; la degradación o la infamia. Esta pérdida de la pública estimación sólo significa, en principio, una condena de la sociedad, pero puede traducirse en una degradación jurídica, cuando es constatada oficialmente.

En el caso de la religión, sólo hasta el triunfo del cristianismo, en el siglo IV, con Constantino, constituyó un criterio de determinación de cierta capacidad.

Por lo que hace a la condición social y a la profesión, se puede ofrecer como ejemplo la distinción entre patricios y plebeyos como sujetos a quienes les afecta un conjunto de normas en razón de su pertenencia a cada una de las clases.

El caso del sexo es quizá uno de los puntos más álgidos de esta degradación en cuanto a la capacidad. La mujer, ocupa un puesto jurídico inferior respecto a la del hombre. Su incapacidad no se queda sólo en la imposibilidad de acceder a los cargos políticos, sino que además se la sometía a una incapacidad férrea en el campo privado. No puede ejercer la patria potestad, ni adoptar, ni ser tutora.

La mujer se halla siempre sometida a una potestad familiar: la patria potestad si es *filiafamilias*; a la *manus* si es esposa y a la tutela si es *sui iuris*.

La edad, marca también algunas pautas de entendimiento para los efectos de la capacidad. Así se clasifican a los sujetos, en razón de la edad, entre *infans*, *impubes* y *minor*. La primera categoría no puede, por razones obvias tener capacidad alguna, y se considera a tales como los sujetos de cero a siete años. El *impubes* es la mujer de doce años y el varón de catorce. El *impubes* es incapaz para todos aquellos negocios que puedan acarrearle perjuicio, y no

---

<sup>38</sup> IGLESIAS, Derecho Romano, 2002, 91.



puede obligarse ni enajenar, aun cuando tenga la capacidad de adquirir y de obligar al extraño que con él contrata.

Em minor es quien no ha cumplido aún los veinticinco años.

### §3.Derechos reales

Según Bonfante, derecho real en Derecho romano es el “señorío independiente sobre una cosa”, esto es el ejercicio de una facultad sobre la cosa, el goce más o menos amplio de ésta es independiente de la relación con una persona (obligación), por lo cual es también independientemente tutelado a través de una acción *in rem*, ejercitada contra cualquier tercero<sup>39</sup>.

Los derecho reales, son, más o menos, derecho típicos, o sea determinados esencialmente por la ley y reducibles a tipos fijos, que la voluntad de las partes puede alterar sólo dentro de ciertos límites; por lo tanto, la exposición del derecho de cosas se puede ordenar oportunamente a base de las varias figuras de derechos reales.

Las formas o especies de derechos reales reconocidos por el pueblo romano son, la propiedad, la servidumbre, la enfiteusis y la superficie, y en la opinión más general, la prenda y la hipoteca. La propiedad es el derecho más eminente y vasto, y por lo tanto se confunde con la cosa misma, porque la cosa pertenece a la persona del modo más absoluto posible, los demás derechos reales, especialmente las servidumbres, son derechos subordinados y no pueden surgir sino sobre una cosa que ya es propiedad de alguien. Los romanos los llamaban *iura* o *iura in re*; los modernos *iura in re aliena*<sup>40</sup>.

#### Cosas

En opinión de Kaser<sup>41</sup>, la palabra latina “res”, que es el equivalente a cosa, guarda en el lenguaje jurídico una triple significación, en un sentido estricto denota una cosa corporal, físicamente delimitada y jurídicamente independiente; en sentido más amplio, todo lo que puede ser objeto de un derecho (privado) o de un proceso civil (objeto de un derecho, los hijos de la familia, los esclavos). Otras veces significa el patrimonio, concebido como un todo, esto es, como un conjunto de cosas que tienen un valor pecuniario. No obstante, el derecho real guarda relación con el primer significado, principalmente. Solamente las cosas corporales independientes y también los

---

<sup>39</sup> BONFANTE, Pietro, Instituciones de Derecho Romano, 5ª. Edic. 2ª. Reimpresión; Reus; Madrid; 2002; pág. 234.

<sup>40</sup> Idem, pág. 235.

<sup>41</sup> KASER, Max; Derecho privado moderno, 5ª. Edic. trad. José Santacruz Teijeiro; Reus; Madrid; 1982.

esclavos pueden ser objeto de propiedad y de otros derechos reales. Sólo lo que es tangible es "cosa", nunca pueden serlo las prestaciones, servicios y en general las llamadas cosas inmateriales, en las que se hallan comprendidas entidades puramente ideales.

#### Clasificación de las cosas<sup>42</sup>:

1. Gayo, 2, 12-14, propone la distinción de las cosas entre *res corporales* y *res incorporales*.
- 2 Las cosas que no pueden ser objeto de derecho (*res extra patrimonium*) o *res quarum commercium non est* estas, a su vez se clasifican en:
  - a. *Res divini iuris* y *res humani iuris*. Las primeras conciernen a los dioses, es decir que son cosas propias del culto de los dioses, templos, estatuas, altares.
  - b. *Res communes omnium*. Las cosas que por Derecho natural pertenecen a todos los hombres: el aire, el agua corriente, el mar y las riberas del mar.
  - c. *Res publicae* son las cosas susceptibles por sí mismas de apropiación y de gestión económica, pero reservadas por el Derecho positivo para fines de utilidad pública, para uso general de los ciudadanos, los puestos, las vías públicas. Aquí también se incluyen las *res universitatis*, que son las cosas destinadas para el uso público de los habitantes de una comunidad, como los teatros, los circos y edificios públicos.
3. "*Res Mancipi*" y "*Res nec Mancipi*", la primera categoría está integrada por las cosas más necesarias para el grupo familiar primitivo, los fundos, los esclavos, los animales de tiro y carga y las servidumbres de paso, entre otros. Las restantes cosas son *nec Mancipi*, porque no son susceptibles de *Mancipatio*.
4. "Res móviles" e "inmóviles". Esta distinción aparece bajo la influencia de las ideas orientales tendentes a la formalidad pública y solemne para la enajenación de los inmuebles.
5. Cosas consumibles y no consumibles. Las primeras hacen referencia a las cosas que son susceptibles de destrucción o transformación. Las segundas aluden a las cosas que pueden tener un uso repetido sin que implique su destrucción.

---

<sup>42</sup> Bonfante, 238 ss. Kaser; 87 ss; IGLESIAS; Juan; Derecho romano; 14ª edic. 2002; pág. 141 ss.

6. Cosas fungibles y no fungibles. Son fungibles las cosas que se pueden sustituir unas por otras de igual categoría. Son cosas que se pueden apreciar por sus características individuales, por ejemplo, un cuadro, un esclavo etc. A este respecto se debe aclarar que la distinción entre cosas fungibles y no fungibles *genus y species*, es decir, entre una categoría genérica o grupo de cosas y la cosa individualizada. La fungibilidad es condición objetiva ; la determinación genérica es obra subjetiva, esto es, dependiente del arbitrio de las partes. Se pueden vender diez cántaros de aceite o bien tal o cual cántaro de aceite. Obligación genérica hay en lo primero; específica en lo segundo. Frecuentemente también la cosa consumible es también fungible.

7. Cosas divisibles e indivisibles. Jurídicamente, son divisibles aquellas cosas que sin menoscabo de su valor o de su utilidad, pueden fraccionarse en otras, pues lo importante es que cada parte conserve la función económico-social del todo. Por el contrario, son indivisibles las cosas que no son susceptibles de partición sin sufrir menoscabo en su valor

8. Cosas simples, cosas compuestas y universalidades de cosas. Cosas simple es la cosa unitaria, la que perciben los sentidos como singularidad, independientemente de los elementos que la integran. Cosas compuesta es la formada por la unión física y coherente de cosas simples, sean o no de la misma naturaleza. La distinción entre una y otra clase de cosas ofrece singular importancia en el campo jurídico: la cosa simple tiene una existencia que depende de su propia condición natural o del uso a que se entrega, mientras la cosa compuesta no pierde su individualidad aunque se renueven todas sus partes constitutivas. Se puede ser propietario del todo sin tener la propiedad de los materiales. Las universalidades de cosas no están unidas entre sí por lazo material, pero pueden ser consideradas jurídicamente como entidades objetivas, es decir, bajo un solo nombre y en concepto de unidad. Un todo único, una "cosa" es el rebaño, que puede ser vendido, legado o pignorado como conjunto, o sea, sin recurrir a tantos actos jurídicos cuantas son las cabezas. Al propietario de un rebaño le es concedida una *rei vindicatio* colectiva. El usufructuario de un rebaño debe sustituir con nuevas cabezas las cabezas muertas, mientras tal no ocurre cuando el usufructo recae sobre un animal aislado. El rebaño, en fin, conserva su individualidad aunque cambien las cabezas que lo componen.

9. Cosas accesorias y partes de cosas. De dos cosas que están unidas para servir a un mismo fin, es principal la que determina por sí sola la función del todo, y accesoria a la que, sin ser absorbida por ésta, contribuye a facilitar dicha función. Ejemplos de cosas accesorias son el *instrumentum fundi* y el *instrumentum domus*, el marco del cuadro. Parte es un elemento integrador de

la cosa, contribuye de modo necesario y no accidental, a su perfección, así por ejemplo, la tapa de un pozo, la vela de un barco, la teja del edificio.

10. Frutos. Pueden ser, los productos naturales que de forma natural y periódicamente son suministradas por las cosas, frutos de las plantas, la leña de los bosques, las crías de los animales.

**Propiedad:** La propiedad para el derecho clásico y justiniano, que son las bases sobre las que se asienta el concepto moderno de ésta, es el derecho más amplio que una persona puede tener sobre una cosa, el señorío más general que se puede ostentar sobre la cosa. Aunque dicho derecho es susceptible de limitaciones de diversa índole, no se encuentra ni conceptual ni previamente limitado. Por el derecho de propiedad, la cosa se somete entera y exclusivamente al dueño y éste puede darle, sin limitación alguna, cualquier suerte de uso.

Este concepto de propiedad, es el resultado de una larga evolución:

1- La vieja propiedad romana, como integrante del patrimonio familiar se encuentra sometido a un poder soberano ostentado por el *paterfamilias*: el *mancipium*. No obstante la propiedad de los bienes familiares es inalienable, por lo cual el *pater* debe mantenerlas como tales, sin posibilidad alguna de enajenarlas.

Esta antigua propiedad romana extiende su poder más ampliamente que la propiedad del Derecho clásico. Incluye su concepto los antecedentes de los derechos reales limitados; no aparece en esta época una separación tajante de los conceptos de propiedad y posesión y similarmente a los Derechos griego y germánico, la propiedad en esta época aparece como una posesión cualificada.

La propiedad es en la época antigua de Roma el único derecho real. Las ya antiguas servidumbres prediales rústicas no son aún concebidas en esta época como derechos autónomos en inmuebles ajenos, los cuales resultan así gravados, sino más bien como zonas que deja libres, la propiedad sobre un inmueble a favor de los titulares de las servidumbres, quienes las ejercitan como una propiedad fragmentaria que desempeña la función de la servidumbre.

Propiedad y posesión no se distinguen tan netamente como se distingue con posterioridad porque la propiedad no es otra cosa que "el mejor derecho a poseer" en relación con determinada persona.



La propiedad es estimada en la época antigua no desde un punto de vista puramente patrimonial, sino por el valor que tiene para la comunidad familiar. De ahí la división de las cosas en Mancipi y nec mancipi.

La transición del concepto de propiedad romana, antigua y amplia al concepto de la misma, nítidamente configurado en Derecho clásico, se opera con la diferenciación progresiva de los conceptos jurídicos, en los comienzos de la República y con las variaciones introducidas en el Derecho procesal civil. A partir de la República tardía adquieren carácter técnico y sinónimo las palabras dominium y proprietas.

El derecho romano preclásico y clásico conoce varias formas de propiedad que corresponden a diferentes estratos del Derecho. Así, por ejemplo, se admite como propiedad en sentido estricto, únicamente la reconocida por el ius civile, dominium ex iure quiritium. Esta propiedad se reserva solamente a los ciudadanos romanos y recae sólo sobre cosas muebles y sobre fundos itálicos. También se pueden citar los caos que constituyen propiedad según el derecho pretorio. Además los inmuebles provinciales no pueden ser objeto de propiedad privada. Desde la república tardía son considerados como propiedad del Estado, y, sobre ellos, grava un canon a favor de éste. El particular tiene sobre ellos un derecho de posesión semejante al de propiedad y un derecho de disfrute o usufructo protegidos ambos a semejanza de cómo es protegido el derecho de propiedad, pero con medios pretorios.

Los conceptos de propiedad, posesión y derechos reales limitados, tan nítida y precisamente perfilados en derecho clásico, no subsistieron en su pureza muy largo tiempo. El derecho vulgar postclásico, coincidiendo con la pérdida de estos conceptos claros y precisos, tan característicos del mundo clásico, marca un retroceso en lo que se refiere a las formas o categorías del pensar jurídico, y no sólo confunde y mezcla las ideas de posesión y propiedad, sino que no acierta a conservar debidamente los límites que separan la propiedad de los demás derechos reales.

Justiniano restablece el concepto clásico de propiedad con sus límites precisos y sus caracteres distintos de los de la posesión y de los de los derechos reales. No revive en cambio, en derecho justiniano la distinción entre propiedad quiritaria y bonitaria y tampoco la situación jurídica especial de los predios provinciales. Es esta época rige un concepto unitario del derecho de propiedad, la cual es accesible a todos sobre cualquier cosa.

Limitaciones legales de la propiedad:

Estas pueden ser de dos naturalezas, unas en interés de los fundos confinantes –relaciones de vecindad– otras en interés público.

Entre las primeras tenemos, la obligación del dueño de un fundo de permitir que otro entre a recoger los frutos caídos en su terreno del árbol que pertenece a aquél. O bien, el caso la facultad de un propietario de fundo vecino de pedir la poda de las ramas que entran en su fundo y ante la negativa a dicha acción, cortarlas por él mismo. También la posibilidad, establecida en el derecho postclásico, de no permitir que la construcción vecina oscurezca la casa contigua. También, la obligación de edificar a doce pies de distancia del ya existente. Por último, se puede citar el caso en que el propietario de un terreno debe permitir en los límites de la humana tolerancia los humos y otras emanaciones del fundo vecino.

En cuanto a las limitaciones que no son de derecho privado:

Prohibición de demoler un edificio para especular con los materiales.

En la época clásica, las minas existentes en un fundo pertenecen al propietario del mismo. En la época romano-helénica se admite, de modo contrario, que el propietario viene obligado a consentir las excavaciones de extraños, pagando a éste una décima parte del producto obtenido y otra décima parte al Estado.

Los propietarios de fundos confinantes con una vía pública, están obligados a mantenerla en buen estado. Cuando la vía se hace intransitable a causa del descuido en cumplir tal obligación, se impone a los dueños negligentes la pena de sufrir el paso de jumentos por sus fundos.

Los propietarios de los fundos ribereños están obligados a permitir el *usus publicus riparum* para los fines de la navegación.

Por motivos de favorecer la religión y la salud pública, es ilícito quemar y dar sepultura a los cadáveres dentro de la ciudad, así como fuera de ella, hasta una distancia de 60 pies de los edificios.

### **Modos de adquirir la propiedad:**

Son modos de adquirir la propiedad los actos jurídicos a través de los cuales el señorío en que consiste la propiedad, entra dentro de la esfera de las facultades ostentadas por un individuo, es pues la manera en que se ubica el sujeto como titular de un derecho sobre la cosa.

De acuerdo con los textos, se pueden clasificar en dos grupos, originarios y derivados. Son originarios aquellos en cuya constitución no medió relación con un antecesor jurídico, como por ejemplo la ocupación. En cambio, es derivado

aquel modo que toma su eficacia de un acto de disposición del anterior titular, por ejemplo, la tradición.

### 1. Modos originarios.

a. Ocupación. La persona que se apropia de una cosa que no pertenece a nadie (sin dueño) se hace propietario de la misma por la ocupación que sobre la misma practicare. Ejemplo, los animales fieros, los productos del mar.

a.1 La ocupación de las cosas que han pertenecido a un propietario, pero que éste intencionalmente ha abandonado, son las llamadas *res derelictae*, ejemplo los inmuebles que son abandonados.

a.2 El tesoro, es decir objetos cuyo valor es grande y que han permanecido por largo tiempo ocultos y por ende no consta que tengan un propietario cierto y en consecuencia es adquirido por el dueño del inmueble en el cual se encontrare.

### b. Adquisición de frutos

Los frutos naturales y otros elementos que han sido separados de su origen, corresponden al propietario de la cosa que los produce o de la que provienen siempre que no haya un titular con derecho preferente.

### c. Accesión.

Por la accesión, una cosa se adhiere a otra, por obra natural o artificial formando un solo cuerpo. Por ella, el dueño de la cosa principal que es aquella que define la esencia y la función del todo, se hace dueño de la cosa accesorio, es decir, de la que cede o accede.

La unión orgánica, sólida y duradera, lleva aparejada una adquisición irrevocable.

La accesión puede ser, de mueble a mueble, entre ellas están la *ferruminatio*, unión inmediata de dos objetos del mismo metal, la *textura*, ceden a la tela ajena los hilos que se le incorporan por obra de bordados o entretejidos. *Tinctura*, a través de la cual el colorante accede a la tela. *Scriptura*, lo escrito

sobre la carta, pergamino y otro objeto ajeno, accede a éste. Pictura, por la cual la pintura cede a la tabla.

También puede ser la accesión de mueble a inmueble. Por ella, pertenece al suelo todo cuanto a él se une, por ejemplo, accede a la tierra la semilla ajena en ella plantada, los edificios.

Por último se puede citar el caso de la accesión de inmueble a inmueble, comúnmente son los llamados "incrementos fluviales". Por ejemplo, cuando el curso de un río arranca una porción de terreno a un predio y éste se incorpora a otro de manera firme. También se produce cuando se incrementa de forma paulatina, por obra de la corriente, un predio de una de las orillas.

#### d. Especificación

Bajo esta denominación se designa la transformación de una materia prima en una cosa nueva, así por ejemplo cuando de la uva se obtiene el vino, o el carbón de la leña.

#### e. Conmixtión y Confusión

La confusión o conmixtión es una mixtura de líquidos o sólidos, por lo que ninguna de las cosas mezcladas puede decirse absorbida por una cosa principal (accesión), ni el todo que resulta es una cosa nueva (especificación). Por ejemplo si se mezcla vino con vino, trigo con trigo o una tosca masa de metal con metal, igual o diverso.

En semejantes hipótesis las fuentes romanas, de cualquier naturaleza que sea la fusión, no reconocen cambio de propiedad y conceden una rei vindicatio pro parte a cada uno de los propietarios, en concurso con la actio communi dividundo, si las cosas son inseparables, es decir, que sancionan un condominio pro indiviso o también eventualmente pro indiviso.

### 2. Modos derivativos

a. Mancipatio: Mancipatio es un acto formal, mediante el cual una persona concede a otra la propiedad o un derecho similar al de propiedad, sobre individuos o sobre cosas. Su ritual antiguo exige la presencia de cinco testigos por lo menos, los cuales deban ser ciudadanos romanos, púberes y requeridos para intervenir en el acto. Además interviene el portador de la balanza

(libripens). A presencia del transmitente y de las citadas personas el adquirente aprehende con la mano el individuo o la cosa objeto de la adquisición (de aquí *mancipatio*, más antiguamente *mancipium* de *manus* y de *capere*) y pronuncia una fórmula. El adquirente declara por tanto que el objeto le pertenece según el *ius civile* y que este objeto debe ser considerado como comprado por el adquirente con este cobre y con la balanza de cobre. Al mismo tiempo que recita la dicha fórmula el adquirente golpea la balanza con una pequeña moneda de cobre o con un lingote de este metal, no amonedado, moneda o lingote que entrega al transmitente.

La *mancipatio* se aplica a la transmisión o constitución de derechos reales, a la constitución *status* familiares, adopción, emancipación, *conventi in manu* por *coemptio*, a la venta del hijo en *mancipium*, a la constitución de una dote, o al otorgamiento de una donación, a la enajenación de una cosa con fin de garantía —*fiducia*— a la disposición testamentaria.

## 2. In iure cessio

La *in iure cessio* (cesión ante el tribunal) es un negocio transmisivo. Cesión o extinción de determinados derechos para la que se utilizó, del grupo de las acciones *in rem*, la *legis actio sacramento in rem* convenientemente adaptada. El acto comienza como un verdadero litigio. Si hay que transmitir un esclavo comparecen con él transmitente y adquirente ante el pretor, y el adquirente recita la fórmula propia de la vindicación: afirmo que esta cosa, o este fundo, este esclavo, me pertenece por derecho *quiritario*, el enajenante no contesta a la afirmación del adquirente y, en vista de ello, es decir, en vista de que se evita la *lis*, por el abandono —que esto significa *in ius cedere*— el magistrado adjudica la cosa al que la reclama como propia. De tal abandono deriva la atribución del dominio; la *addictio* se limita a confirmar este resultado.

En el proceso real el adversario respondería con una *contra vindicatio* del mismo tenor, en la que se afirmaría también su propiedad sobre el esclavo. En la *in iure cessio* el transmitente omite esta declaración y se conduce como un demandado que reconoce como verdadera la afirmación hecha por el actor. El transmitente guarda silencio o confiere la propiedad del adquirente (de modo no formal). El pretor entonces pronuncia su *addictio*, con la que confirma la propiedad del adquirente, la cooperación de ambas partes y del pretor confieren al adquirente la propiedad.

Esta forma es aplicable a todos los negocios que versan sobre derechos reales o personales sancionados por la *vindicatio*: a. La transmisión del dominio de las cosas *mancipi* o *nec mancipi*, importando poco que se trate de la propiedad



íntegra o de la nuda proprietas, o de cuotas de dominio. B. Constitución de usufructo y derechos análogos. C. Constitución de servidumbres rústicas y urbanas. D. Emancipación, adopción, transmisión de la tutela legítima sobre las mujeres. E manumisión.

### 3. Traditio

La transmisión no formal de cosa (traditio: entrega) procura al adquirente la propiedad cuando la adquisición procede del dueño ex iusta causa, esto es, cuando es legitimada por una justa causa.

La traditio constituye el negocio transmisivo usual y ordinario. Desde antiguo procura al ciudadano romano la propiedad quiritaria de las res nec mancipi. Sirve también para operar la transmisión de la propiedad entre los no ciudadanos. Además a partir de la República tardía se adquiere mediante traditio la propiedad bonitaria de las res mancipi. Se aplica así mismo en la transmisión de la posesión y derechos de disfrute, semejantes a la propiedad, en los predios provinciales.

### 4. Usucapio

Es la adquisición del dominio por la posesión –usus– continuada de una cosa durante un cierto tiempo. En las épocas antigua y clásica, esta institución responde a la necesidad de convertir en propietario a quien no es tal, sea porque el transmitente carece de derecho, sea porque no se ha observado la forma requerida para la transmisión. Desaparecida luego la distinción entre adquisiciones formales y no formales, la usucapio tiene por fin único el de transformar en verdadera la situación jurídica aparente del que adquiere de buena fe a non domino.

Según las doce tablas la propiedad se adquiere por el estado posesorio continuado durante dos años, si la cosa es inmueble o de uno, si es mueble: usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto. Por usus se entiende la posesión; por auctoritas, la ayuda que debe prestar el enajenante al adquirente. Usus y auctoritas duran el mismo tiempo, es decir, el necesario para que se consolide la propiedad. Afirmada ésta por la usucapio, uno y otra desaparecen, y el adquirente tiene a su favor un título jurídico autónomo e inatacable. El deber de prestar ayuda –auctoritas– no tiene límites de tiempo cuando el que pretende usucapir es un extranjero, ya que a los extranjeros no les alcanzan los beneficios de la usucapio.

La usucapio es un modo de adquisición iuris civilis. Como tal, sólo beneficia a los cives romani –y a los latinos– y recae exclusivamente sobre cosas susceptibles de propiedad quiritaria.

### Protección de la propiedad

Existen medios judiciales y extrajudiciales de diversas índoles que tienden a la defensa del derecho de propiedad. Así, frente a ataques de terceros que sin contar con sin título alguno se arrojan la condición que la ley otorga al propietario se concede la acción más típica y fundamental como lo es la *Rei vindictio*. Además, frente a las perturbaciones que afectan al pleno y libre ejercicio de las facultades que encierra el dominio, se oponen la *actio negatoria*, la *operis novi nunciatio*, la *cautio damni infecti*, el *interdictum quod vi aut clam*.

#### Rei vindictio

Es una antigua institución de protección del derecho quiritario de propiedad. En Derecho clásico, la rei vindictio es la acción que compete al dueño quiritario no poseedor, contra el poseedor no propietario. Su finalidad es doble, a saber: fijar o establecer la propiedad del actor y procurarle la restitución de la cosa poseída por el demandado o bien la condena de éste, en una suma de dinero que deberá abonar al actor. A estos principios de Derecho clásico precedió un largo desarrollo con fases muy variadas.

En el Derecho clásico es siempre vencedor en el proceso reivindicatorio el dueño quiritario. A él incumbe aportar la prueba de su dominio, la cual (habida cuenta de que quien adquiere de un no propietario no adquiere de buena fe) resulta dificultada frecuentemente, por la necesidad de tener que probar el dominio de sus causantes hasta aquel que hubiere usucapido o hubiere adquirido originariamente la propiedad.

#### Actio negatoria

Esta acción es concedida al propietario a los efectos de que éste se oponga a quien se considera con derecho de servidumbre o de usufructo sobre su cosa, todo con el fin de lograr la declaración de inexistencia de semejantes gravámenes. El propietario está llamado a proporcionar la prueba de su propiedad, en tanto que a cargo del adversario corre la prueba de la existencia

del derecho negado por aquél. El demandado, si es vencido, puede ser obligado a prestar la promesa de que no causará nuevas molestias o perturbaciones.

### Cautio Damno infecti

Consiste en la promesa estipulatoria de resarcir los daños que amenazan a una finca, ya sea por el mal estado de la finca contigua, ya por obras que el vecino haga en su suelo o, legítimamente (ejemplo, el titular de una servidumbre) en el suelo ajeno. El propietario del inmueble o el autor de la obra promete dar tanto dinero cuanto pueda importar el daño que se teme acaezca por vicio del edificio, del lugar o del opus, en el caso de que efectivamente se produzca la situación temida.

### Operis novi nunciatio

La persona perjudicada por una obra nueva comenzada pero todavía no concluida, puede pedir, por sí misma o por representante, la nunciatio de ella, sobre el propio lugar y sin recurrir al magistrado. Tal acto tiende a impedir la prosecución de la obra, quedando a salvo la ulterior decisión judicial.

La obra sólo puede continuarse cuando el denunciado pide y logra del Pretor la *remissio nunciationis* o bien cuando hace la promesa de volver las cosas a su estado anterior, si resultare fundada la pretensión del denunciante. Cuando el denunciado no logra la *remissio*, ni presta la promesa o caución y prosigue la obra, puede el denunciante solicitar del pretor el interdicto *ex operis novi nunciatione*, que suele llamarse *demolitorium*, y obliga a derruir lo edificado.

### Interdictum quod vi aut clam

Figura un tanto confusa por sus antecedentes no bien claros. Por su medio el propietario, el poseedor, el titular de un derecho real sobre cosa ajena, o bien el de un derecho personal puede pedir la demolición de la obra hecha clandestinamente o contra lo que él prohibió. La obra debe ser de tal naturaleza que implique un cambio de la situación anterior, y poco importa que el autor tenga o no derecho a realizarla, si ha contravenido a lo que manda el Edicto, es decir, a que no se haga nada. El interdicto se refiere a la obra hecha en suelo ajeno o en suelo propio. Por este interdicto se manda que vuelva la cosa a su primitivo estado, y el mandato alcanza tanto al autor de la obra, o a sus herederos, cuanto al tercer poseedor, aunque fuera otro quien la llevó a cabo. Es obligación del autor, si la posee, restituirla a su costa; del que la hizo y no la

posee, soportar los gastos de demolición y abonar los daños, y del que la posee y no la hizo, soportar la destrucción.

### **La posesión**

Esta forma de tenencia de derechos reales consiste en la señoría o dominación de hecho sobre una cosa. Por ello se dice que entre propiedad y posesión media la diferencia que hay entre hecho y derecho.

El *ius civile* no conoce la *possessio*, que es feruto de la práctica social; no la conoce ni la protege puesto que cae fuera del campo de los derechos, no obstante el *ius civile* se sirve de esta señoría socialmente sancionada, tomándola en consideración a los efectos de la adquisición de la propiedad por usucapión. La teoría de la posesión es elaborada por los juristas con miras a este fin.

De forma fundamental no es hecho, ni acto, sin más bien acción del sujeto, en consecuencia, la posesión cesa o se ve interrumpida con el cese o interrupción de la acción. Es un hecho que busca la concreción de una situación jurídica y conlleva la obtención de algunos efectos jurídicos:

Lleva a la adquisición de la propiedad, como ocurre en los casos de ocupación, usucapión y tradición. La posesión juega un papel importante en los procesos reivindicatorios de la época clásica. En tales procesos, el que reivindica, el que no tiene la posesión, está obligado a suministrar la prueba de su derecho, mientras ninguna obligación incumbe al poseedor.

### **Derechos reales limitativos: Servidumbres y Usufructo**

Una cosa, más propiamente un inmueble, puede ser gravado a favor de alguien de tal suerte que su dueño eventual se halle obligado a soportar determinadas intromisiones en la cosa de quien resulta favorecido por el gravamen o a abstenerse de ciertas actuaciones en la misma.

Por ello, *Servitus* es un derecho real sobre cosa ajena. La relación de servidumbre se establece entre personas. Las personas que a estos efectos cuentan son los propietarios de dos fundos, de los cuales uno sirve a otro. Titulares activo y pasivo de la servidumbre no son dos sujetos determinados sino los propietarios, cualesquiera que sean, de los fundos.

La denominación *SERVITUS* fue dado al primer derecho sobre cosa ajena reconocido por el *ius civile*. La *servitus* originaria coincide con lo que nosotros

llamamos "servidumbre predial". La extensión de aquel nombre al usufructo, que es también institución del *ius civile*, pero surgida más tarde, y a los derechos análogos al usufructo, sancionados por el Derecho honorario y por normas más recientes, debe a la jurisprudencia posclásica.

Los clásicos no conocen la categoría de la *servitus*, sino particulares *servitutes*. Falta la figura general y abstracta y no porque los romanos no hayan formulado un concepto de *servitus*, sino por el hecho de que no se muestran favorables a afectar la libertad de dominio con la libre constitución de servidumbres. Las servidumbres aparecen progresivamente, y la aparición de cada una responde al reconocimiento de una necesidad particular, sea industrial, agrícola o urbana. Si algún concepto general preside el nacimiento de las *servitutes*, ése no es otro que el de la necesidad social, que se proyecta de modo singular en cada nuevo caso.

Servidumbres prediales y servidumbres personales, como ahora decimos, tienen una nota común: la de ser derechos sobre cosa ajena. Bajo tal aspecto, análogos son los modos de constitución y extinción y análogos también los medios de defensa. Sólo con relación a las primeras se habla de servicios de cosa, pero no menos hay una cosa que sirve en las segundas, también *servitutes* en el Derecho justiniano. La diferencia es esta: las servidumbres prediales se establecen en razón de la utilidad objetiva que procuran al fundo; las servidumbres personales se constituyen a favor de un sujeto determinado, con miras a su propio -personal- beneficio. Las servidumbres prediales se vinculan permanentemente al que hoy llamamos "fundo dominante", y su titularidad corresponde a cualquiera que sea propietario del mismo; las servidumbres personales son inseparables del sujeto al que benefician, y acaban, si no tienen duración más corta, cuanto éste muere o sufre una *capitis deminutio*.

Elementos característicos de las servidumbres:

1. Se establece en razón de la utilidad objetiva del fundo. Ejercitada dentro de los límites de las necesidades del fundo al que beneficia, no puede desligarse de éste, ni enajenarse como derecho independiente.
2. La utilidad debe ser permanente
3. Los fundos han de ser vecinos, lo cual no se traduce por continuos o contiguos, puesto que se puede establecer servidumbre en predios separados por una vía pública.
4. El propietario sólo puede tener derechos sobre la cosa *iure domini*. No cabe ser propietarios de una cosa a la vez que titular de una servidumbre constituida sobre la misma cosa.
5. El propietario del predio sirviente se ve obligado a una actuación de tipo negativo, debe tolerar que otros hagan o abstenerse de hacer algo, mas nunca vendría obligado a observar un hacer.



6. La servidumbre es indivisible puesto que la situación jurídica que entraña también es indivisible

### Tipos de servidumbres

Las escuelas jurídicas del período clásico distinguen entre *iura praediorum rusticorum* (servidumbres rústicas) y *iura praediorum urbanorum* (servidumbres urbanas), caracterizadas por sus respectivas finalidades.

Al grupo de las servidumbres rústicas pertenecen ante todo los antiguos derechos de paso y de acueducto. En virtud de estos derechos el dueño del predio dominante puede pasar a través del predio sirviente o utilizar la fuente que éste tiene. Las cuatro servidumbres de paso más antiguas son *iter*, que consiste en el derecho de pasar por predio ajeno a pie o a caballo. *Actus* o derecho a pasar ganado. *Aquaeductus* o derecho a hacer pasar agua por predio ajeno.

Por su parte dentro de las servidumbres urbanas pueden citarse, la de vertiente de aguas de lluvia desde el propio tejado, de modo natural o por conductos o canalones; la de apoyo de viga; de la apoyo de muro; la de avanzar sobre el fundo vecino los balcones, galerías y tejados; la que prohíbe elevar el edificio sobrepasando cierta altura.

### Usufructo y derechos análogos

Por el usufructo se confiere a una determinada persona el derecho a usar ampliamente de la cosa gravada con el usufructo, cualquiera que sea su dueño, y a percibir los frutos que produzca, y todo ello sin más limitación que la de no alterar la sustancia de la cosa. Este derecho corresponde a la propia persona del usufructuario; es pues, personalísimo y por consiguiente intransmisible *inter vivos* y *mortis causa*.

El usufructo aparece en siglo III a.C y antes de producirse el cambio de la economía agrícola, para procurar una reserva a ciertos herederos pertenecientes a la familia, como la viuda o la hija soltera. Por eso su carácter de reserva, se explica también su carácter eminentemente personal. Su limitación temporal permite que la propiedad del gravado con el usufructo se convierta, al soportar un derecho de tan amplio alcance económico como el que corresponde al usufructuario, en una mera nuda propietas.

**Usus:** Otra forma de limitación de la propiedad lo constituye el uso, según su origen semántico, *usus*, es el derecho de usar una cosa sin percibir sus frutos.

**Habitatio:** En la época justiniana, la *habitatio* es un derecho real especial, distinto del uso y del usufructo y atribuye la facultad de habitar una casa ajena. Este es un derecho vitalicio y no se extingue por la *capitis deminutio* ni por el no uso.

**Operae servorum:** Dan derecho a disfrutar de los servicios de un esclavo ajeno.

### Enfiteusis y superficie

En la época justiniana, la *enfiteusis* es un derecho real, enajenable y transmisible a los herederos que atribuye a su titular un poder prácticamente análogo al de la propiedad, pero sobre una cosa ajena, mediante el pago de un canon por años. La *enfiteusis* (hacer plantaciones), es una institución griega, aun cuando su contenido esencial tiene antecedentes en las concesiones de terrenos del Estado o de otros entes públicos -*ager vectigales*- hechas a los particulares.

Los terrenos del Estado y de las comunidades a él sometidas -*coloniae*, *municipia*- solían ser concedidos a los particulares, bajo la obligación de pagar un canon anual -*vectigal*- hecho que mueve a todos a pensar en la compraventa.

### Superficie

Es un derecho real, enajenable y transmisible a los herederos, que otorga al titular -*superficiario*- el goce a perpetuidad o por largo tiempo del edificio construido en suelo ajeno, mediante el pago de un canon anual, llamado *pensio* o *solarium*.

Quizá se puede pensar en la regla por la cual lo que se edifica en suelo de otro cede o accede a la propiedad del dueño del suelo: *superficies solo cedit*. Sin embargo, sentida que fue la necesidad de construir en suelo público, se permitió a los particulares levantar sobre él edificios, otorgándoles el goce de los mismos a cambio de un canon por años.

## Derechos reales de garantía

Con objeto de proporcionar seguridad al acreedor de que su crédito será satisfecho, el Derecho romano dispone de dos medios. La personal responsabilidad del deudor puede ser reafirmada y fortalecida bien por otra responsabilidad personal que asumen los fiadores o bien, por una responsabilidad real, mediante la constitución de prendas o hipotecas.

La prenda y la hipoteca aparecieron en Roma en épocas tardías y las funciones de garantía del crédito eran cumplidas en un primer momento, por la enajenación aseguratoria o *fiducia cum creditore contracta*.

### Fiducia

Por este negocio el acreedor, fiduciario, recibe del constituyente de la seguridad, fiduciante, muy frecuentemente el propio deudor) por *mancipatio* o *in iure cesio*, una *res mancipi*, con el anejo *pactum fiduciae*, por el que se conviene que el fiduciario retransmitirá la cosa al fiduciante por *remancipatio* o *in iure cesio*, cuando el crédito sea satisfecho.

Por la *fiducia*, el deudor se halla asistido por una acción personal restitutoria: la *actio fiduciae*.

Transmitida la propiedad civil, la cosa suele quedar en posesión del deudor. Y por la posesión continuada durante un año, incluso traéndose de bienes inmuebles, recupera el deudor la propiedad.

El acreedor está facultado para vender la cosa, sin necesidad de especial autorización, pero se expone a ser condenado como consecuencia del ejercicio de la *actio fiduciae* luego de ser abonada la deuda.

La *fiducia* ofrece condiciones muy ventajosas para el acreedor. No así para el deudor, que se ve privado de la propiedad de la cosa, y de sus productos si es fructífero, y no tiene más que una acción personal para pedir la restitución. El acreedor como dueño de la cosa, puede enajenarla a un tercero, y si tal hace, la *actio fiduciae* sólo proporciona una indemnización por incumplimiento del deber de fidelidad naciente del *pactum*. En todo caso, la cosa queda en dominio del tercero.

### Pignus

La prenda, que es lo que significa la palabra "pignus", consiste en un derecho autónomo, real y limitado, es en Derecho clásico y en el justiniano un instrumento jurídico de carácter unitario, tanto si la posesión de la cosa objeto de la prenda se transfiere al acreedor (prenda posesoria, *pignus datum*), como si permanece en posesión del pignorante) prenda sin posesión, *pignus obligatum*). Para designar esta prenda sin posesión aparece ya en el período clásico el nombre de hipoteca.

Las principales cláusulas de que constaba este contrato eran, *lex commissoria* o convenio que otorga al acreedor la facultad de cobrarse con la cosa pignorada en el caso de no ser pagada la deuda. El pacto de comiso, favorecedor de las prácticas usurarias –el valor de la cosa suele ser muy superior al del crédito que se garantiza– fue declarado nulo por Constantino. El *Pactum de distrahendo pignore*, que autoriza al acreedor para vender la cosa y pagarse con el precio, cuando la deuda no es satisfecha.

### Hypotheca

Como ya dijimos, junto a la prenda manual –*datio pignoris*– existe en el Derecho romano otra forma de garantía que puede constituirse por la simple conventio, es decir, sin traslado o desplazamiento posesorio. Tal es el *pignus conventum*, designado también con el término griego hipoteca.

El origen o precedente romano de la hipoteca, se atribuye a la convención celebrada entre el arrendador y el arrendatario de una finca rústica sobre los *invecta et illata*. Por su medio se convenía que los instrumentos y objetos introducidos por el arrendatario en la finca para atender a su cultivo –el ganado, los esclavos, los aperos de labranza– respondiesen del pago de la renta.

La prenda y la hipoteca por ser del mismo tipo de garantías, diferenciadas tan sólo por la tenencia de la posesión, tienen en el aspecto procesal las mismas consecuencias. Por ello veamos los siguientes aspectos comunes.

#### Constitución del pignus

- a. por convención. Resulta suficiente el simple convenio, pues estamos ante una institución pretoria. La hipoteca también se puede constituir por acto de última voluntad.
- b. Por disposición de la ley.
- c. Por disposición de la autoridad

Objeto del pignus: Sólo pueden serlo las cosas que se pueden enajenar.

Contenido del Derecho de prenda: El acreedor pignoraticio tiene el ius possidendi y el ius distrahendi. El ius possidendi se realiza en distinto momento, según se trate de pignus datum –prenda manual o prenda en sentido estricto– o de pignus obligatum o pignus conventum, hipoteca. En el último caso el derecho a poseer la cosa se tiene tan sólo cuando la deuda no ha sido satisfecha. El derecho del acreedor pignoraticio es real, y por tanto, puede hacerse valer contra todo tercero que posea o detente la cosa.

Dado que la prenda se constituye por la sola razón de garantía, el acreedor pignoraticio no puede usar la cosa, so pena de cometer furtum.

Extinción del Derecho de prenda: La prenda o hipoteca se extingue por las causas comunes a los derechos reales sobre cosa ajena, destrucción de la cosa, renuncia, confusión o sea coincidencia en una misma persona de la condición de acreedor pignoraticio y de propietario de la cosa empeñada.

También por la cancelación de la deuda, en cualquier forma. Por la venta que hace de la cosa el primer acreedor pignoraticio. Por prescripción a favor de tercero que posee de buena fe y con justo título la cosa pignorada durante diez o veinte años, según se trate de ausentes o presentes.



## ACTIVIDADES DE AUTOESTUDIO

### a. Responda

a.1. ¿Es el Derecho una disciplina que responde a las circunstancias de cada tiempo?

a.2. ¿Después de estudiar su texto, cree usted que está muy alejada su idea sobre los conceptos del derecho actual, respecto de los romanos?

a.3 ¿Cree usted, luego de haber leído su material, que el Derecho Romano sea una materia inútil en su estudio a estas alturas de la historia?

a.4 Si su respuesta a la anterior interrogante es que el Derecho Romano sigue siendo útil, explique cuál es, en su opinión, la ventaja que su conocimiento aporta a su formación como jurista. En caso contrario también explique en qué obstaculiza sus estudios

a.5 ¿Qué piensa usted sobre el contenido conceptual de la tria iuris pracepta? Intente darle una explicación a cada uno de sus componentes

a.6 A propósito de las clasificaciones del Derecho Romano, ¿conoce usted algunas normas actuales que se puedan ubicar dentro de estas categorías? Mencione un ejemplo de cada una

a.7 ¿Reconoce en nuestro medio la existencia de alguna discriminación del tipo de las que ha estudiado que estaban presentes en Roma?

a.8 ¿Qué opinión le merece la situación de las personas en Roma respecto de nuestro medio social?

a.9 ¿Cuál de los criterios de disminución de la capacidad jurídica romana, reconoce que exista actualmente?

Realice:

1. Confeccione un cuadro comparativo de las condiciones personales que diseña el Derecho Romano y la experiencia que en cuanto a los derechos de las personas existe actualmente.
2. Intente realizar un concepto propio de capacidad jurídica
3. Reflexione sobre la importancia de los derechos reales en Roma y la idea subyacente en dicha institución,
4. Diseñe su propio concepto sobre lo que en derecho romano constituye la categoría de "Cosa"
5. Ahora que conoce la clasificación de los modos de adquirir la propiedad en el Derecho Romano ¿conoce usted algún caso de vigencia de las mismas en nuestro medio social? Si conoce los ejemplos méncionelos y trate de explicarlos
6. Asocie las ideas romanas relativas a la cosa y a los derechos reales e intente diseñar un esquema de semejanzas y diferencias entre aquello y lo que usted conoce actualmente sobre dicha institución en nuestro medio social.
7. Determine cuál sigue siendo hoy día el elemento fundamental de la propiedad y que la identifica plenamente con el viejo concepto romano
8. Reflexione sobre qué pasaría si no existiesen los derechos reales limitados
9. A partir de su experiencia personal, analice el fenómeno de la protección de los derechos reales, y en especial, la del derecho de propiedad ¿conoce usted otros medios actuales de defensa de estos derechos?
10. Atrévase usted a plasmar por escrito sus ideas en torno a las ideas que le sugiere la existencia tanto en el Derecho Romano como en el actual Derecho Civil nicaragüense, de las figuras llamadas "derechos reales de garantía". ¿Conoce en la actualidad la importancia que estas figuras tienen en el tráfico jurídico de bienes y servicios?
11. Realice un ensayo en el que se expresen sus consideraciones sobre los puntos abordados en esta primera unidad, procurando vincular su experiencia personal con los datos aportados sobre Roma, a través de su material.



## II UNIDAD: DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS<sup>1</sup>

### §1 DERECHO DE OBLIGACIONES

#### Noción de la obligación

- Obligación es el vínculo jurídico por virtud del cual una persona, deudor, es constreñida frente a otra, acreedor, a realizar una determinada prestación. En caso de que la prestación no se efectúe regularmente, el deudor puede ser demandado con una *actio in personam* y ejecutarse contra él la sentencia que recaiga en el correspondiente proceso. El acreedor tiene contra su deudor, derivado de la obligación, un derecho de crédito (una pretensión independiente).

En el campo de la obligación antigua, el punto de vista de la responsabilidad se coloca en primer plano. La *obligatio* constituye una atadura de la propia persona, en su mismo corpus, deriva de un deber –del deber, nacido con libertad, de observar una determinada conducta respecto de otro individuo–, pero es lo primero, y no lo segundo, lo que la conciencia social trae a relieve.

La más antigua relación de crédito y de deuda nace del mutuo o préstamo de consumo, es decir, de la entrega de dinero o de cosas fungibles con la obligación de devolver, dentro de cierto tiempo, otro tanto del mismo género y calidad –*tantundem*–. Esta relación no se considera, sin embargo, como *obligatio*; la *obligatio* es el *nexum*, o sea, la *mancipatio* que hace el deudor de su propia persona en garantía del crédito. El *nexum* no es mutuo, aunque lo presuponga de ordinario, ni es tampoco, por más que esté implícito, un acto que obligue a pagar: el *nexum* es una automancipación. De ella proviene el estado de prisión que durará hasta tanto se cumpla la prestación.

En tanto que el *nexum* crea un estado de sujeción personal, una ligadura actual de la propia persona, la *sponsio* da vida a una responsabilidad que sólo se hará efectiva en el caso de incumplir la prestación. Institución muy antigua –que convive con el *nexum*, y nada indica que sea sensiblemente posterior–, la *sponsio*, en su primera aplicación, es una promesa solemne que hace el fiador al acreedor, y no el deudor a éste; el *obligatus* es el *sponsor*. Con la sucesiva evolución de la *sponsio*, la promesa se cambia entre acreedor y deudor,

---

<sup>1</sup> IGLESIAS, Juan; Derecho romano; Ariel; Barcelona; 2002.

quedando a salvo la posibilidad de que medie una promesa accesoria del fiador. Fundidos así *debitum* y *obligatio*, ambos elementos son la misma cosa, la obligación como concepto unitario.

Poco a poco la *obligatio* pierde su viejo carácter de vínculo físico, para convertirse en vínculo jurídico ideal. La nueva contratación pone en existencia "derecho perfectos de crédito, haciendo personalmente responsable al deudor con todos sus bienes". En la época clásica la categoría de las obligaciones e mueve dentro del ámbito del Derecho civil. Falta la *obligatio* donde se excluyen los deberes sancionados por *ius civile*.

Las definiciones dadas por los jurisconsultos a través del *Corpus Iuris*, conducen a la noción clásica de obligación como un vínculo jurídico por virtud del cual somos constreñidos a un *dare* o a *facere* o *praestare*.

### **Obligatio y actio. Especies de obligaciones**

Las obligaciones de Derecho antiguo y clásico son individualizadas por las acciones que sirven para conseguir su efectividad. Aunque la *actio* es el medio procesal para hacer efectivo un derecho privado discutido, los romanos, con el fin de conseguir la precisa diferenciación de las relaciones obligatorias, utilizaron una fórmulas, una para cada *actio*, redactadas con cuidado y precisión tales que, fácilmente, por su texto, podía deducirse la causa y el contenido de la obligación para cuya efectividad la acción servía.

El número de las acciones que con sus modelos de fórmula figuran en el edicto de los pretores y en el de los ediles es un *numerus clausus*, por lo que en el Derecho romano de obligaciones impera el sistema de acciones típicas limitadas en número. Las partes no pueden crear una obligación nueva para la que no exista la correspondiente acción. Esta limitación es soportable en la práctica, porque la *stipulatio* permite hacer con ella exigible todo género de prestación lícita bajo supuestos también lícitos.

En el período postclásico, con la desaparición del proceso formulario y de la vinculación al edicto, deja de ser el sistema obligacional romano un círculo cerrado. Mientras el Derecho vulgar llega a la libertad de tipos de obligación, Justiniano aspira a conseguir la vuelta (puramente externa) al esquema clásico de acciones. Concibe ciertamente un marco fluido de pretensiones (acciones en la acepción jurídica privada) cuyo carácter viene determinado por el del contrato.



## 1. Obligaciones civiles y honorarias

Las obligaciones creadas por *ius civile* y dotadas de *actio civilis* son las más importantes. Se remontan en parte, en cuanto a su aparición, al Derecho antiguo, y en parte, como aquellas a las que corresponde una *actio ex fide bona*, fueron incorporadas al sistema del *ius civile* en los comienzos de la época clásica.

Las obligaciones hechas exigibles por obra del pretor o los ediles se hacen efectivas mediante las acciones *honorariae*, cuyas fórmulas contienen la enunciación expresa de los elementos de hecho o se adaptan a fórmulas civiles facultando al juez para fingir la existencia de un elemento exigido por el *ius civile*, al que el pretor renuncia.

## 2. Obligaciones naturales

A partir de Juliano, los juristas, denominan naturales ciertas obligaciones que carecen de acción o cuando menos de ejecutividad, pero que, esto no obstante, producen determinados efectos.

Natural, en oposición a *civilis*, significa en este caso, como en el de la *naturalis possessio*, que ciertas relaciones tienen la apariencia fáctica de obligaciones aunque jurídicamente no lo sea.

El caso originario de estas obligaciones lo constituyen las deudas negociales de los esclavos y de los hijos de familia. Los esclavos no son responsables para el *ius civile*, ni pueden, por tanto, ser demandados. Los hijos de familia pueden obligarse y ser demandados, pero contra ellos no puede intentarse la ejecución. Las mujeres hijas de familia se hallan en situación similar a la de los esclavos. Las deudas de todos estos sometidos a potestad, pueden ser garantizadas con fiadores y derechos de prenda. La prestación objeto de estas deudas, una vez cumplida, no puede reclamarse mediante la *condictio*; tales obligaciones pueden ser novadas y a ellas es aplicable la compensación.

## • El objeto de las obligaciones

La prestación. El objeto de la obligación es la prestación, que puede traducirse en un *dare*, *facere* o *prestare*. Con el término *dare* se designa el traspaso al acreedor, de la propiedad o un derecho real sobre la cosa. *Facere* alude, en sentido lato, toda toda prestación que importe un acto positivo, un *ahacer*, incluido el *dare*; en sentido restringido, toda acción del deudor que no implique

propriadamente un dare. Praestare suele emplearse para aludir al contenido de la obligación en general, ya consista en un dare o en un facere, o en ninguna de ambas cosas, cual ocurre en el caso de la asunción de una garantía. Atendiendo a su etimología —praestare, de praes stare y en relación paredes, significa “responder de algo”.

La prestación debe ser posible, pues *impossibilium nulla obligatio est* (D: 50, 17, 185). La imposibilidad puede ser física o jurídica, sucede lo primero, por ejemplo, si se vende una cosa que ya no existe en el momento de contratar; lo segundo, si se vende una cosa que está fuera de comercio. Cuando no se trata de imposibilidad objetiva, sino que atañe a la persona del deudor, la obligación surge válidamente. La dificultad económica o de otra suerte en que se encuentre el deudor no impide el nacimiento de la obligación.

Exígesse también que la prestación sea lícita, es decir, no contraria ni a la ley ni a la moral. En otro caso, la obligación es nula.

Además, importa que sea determinada, o cuando menos que reúna los elementos objetivos suficientes para su determinación. Puede confiarse ésta a un tercero, de modo que decida según su libre arbitrio o según el arbitrio de persona leal y justa.

Por último, la prestación ha de tener carácter patrimonial. Con esto se hace referencia a la posibilidad de ser valorada en dinero, pero ha de observarse que es la conciencia social la que decide sobre tal extremo. Prestación patrimonial es la que se puede valorar en dinero, si tal no repugna a la conciencia del pueblo.

### **Especies de obligaciones atendiendo a su objeto:**

1. Divisibles e indivisibles. Es divisible la obligación, cuando el cumplimiento de su objeto puede llevarse a cabo por fracciones, esto es, por partes, sin sufrir menoscabo o alteración de su esencia y valor. En caso contrario se considera indivisible. Así, es divisible la obligación consistente en un dare, ya que la propiedad y los demás derechos reales pueden constituirse por partes. Por el contrario, son indivisibles las servidumbres prediales.
- 2. Obligaciones genéricas y específicas. Son obligaciones genéricas las que se constituyen sobre objetos no determinados individualmente, sino tan sólo por sus rasgos generales, por ejemplo, un esclavo, diez sacos de trigo.

No se concibe la extinción de la obligación genérica por perecimiento del objeto, pues cabalmente queda siempre la posibilidad de elección entre los objetos que forman el *genus*.

Específica por el contrario, versa sobre un objeto cierto, individual y concreto por ejemplo es esclavo Stico.

3. Obligaciones alternativas. Se trata aquí de las obligaciones en las que el deudor ha de cumplir una sola prestación de entre dos o más disyuntivamente indicadas. Señaladas dos o más prestaciones, el cumplimiento de una de ellas, según elección hecha por el deudor o por el acreedor, tiene efecto liberatorio. La obligación alternativa se concreta para ser cumplida, en un único objeto.

### **Sujeto de las obligaciones**

Por lo común, el vínculo obligacional suele establecerse entre dos sujetos individualmente determinados, es decir, desde el momento mismo en que aquél nace. No obstante, se pueden presentar casos en los que el sujeto activo o el pasivo, o los dos al mismo tiempo, no se hallan determinados, de forma individual, en el momento de constituirse, si bien encierran una prestación que debe ser realizada o puede ser exigida por la persona que se encuentre en cierta situación. Son éstas las obligaciones ambulatorias, cuyos casos principales son:

- a. La obligación de resarcir el daño causado por un esclavo o por un animal, que atañe al dominus que tiene la propiedad o ejerce la potestad sobre uno u otro en el momento de intentar la *actio* el perjudicado.
- b. La obligación que incumbe al heredero de verificar prestaciones a favor de personas cuya determinación se encomienda a un tercero.
- c. La obligación de reparar el muro en la servidumbre que corresponde a quine sea propietario del edificio sirviente en el momento de ser requerida la reparación, y se constituye a favor del propietario del edificio dominante en el propio momento.
- d. La obligación que incumbe al enfiteuta, al superficiario o al propietario de pagar los impuestos vencidos, aun cuando la falta de pago sea debida a personas que anteriormente ostentaban dichos títulos.
- e. La obligación de restituir lo adquirido en uso de violencia, que corresponde a quien quienquiera que haya obtenido el provecho o tenga la cosa.

## Obligaciones parciarias, cumulativas o solidarias

Es regla común que en las relaciones obligatorias haya un solo acreedor frente a un solo deudor. No obstante, existe la posibilidad de que la obligación se constituya por varios sujetos principales, ya como deudor, ya como acreedor o ambos a la vez, y tanto inicialmente, esto es, desde el momento en que viene puesta en existencia, cuanto después de surgir el vínculo obligatorio, como acontece por ejemplo, cuando varios individuos heredan a una persona que contrajo una deuda.

La pluralidad de sujetos principales puede otorgar a las obligaciones las siguientes modalidades:

- a. Obligaciones parciarias. Supuesto que se da cuando existe pluralidad de sujetos principales, y cada uno de ellos se encuentra frente al otro en posición de independencia –pro parte, pro rata-la independencia significa que cada acreedor tiene solamente derecho a exigir una parte de la prestación, y cada deudor se halla obligado respecto de una cuota de la misma.
- b. Obligaciones cumulativas. Este es el caso en que un deudor se halla obligado por la entera prestación frente a los varios acreedores, o cada uno de los varios deudores frente a un acreedor, prodúcese acumulación de obligaciones. Ejemplo. Si una persona vende separadamente la misma cosa a varios individuos, se obliga por la entera prestación hacia cada uno de ellos.
- c. Obligaciones solidarias. La obligación puede tener, varios acreedores o varios deudores. Cuando existe pluralidad de sujetos ya sean acreedores o deudores a la vez, y cada uno de ellos puede exigir o debe realizar la entera prestación estamos en el supuesto de la solidaridad. La característica principal de la obligación solidaria es la unidad de la relación, la obligación es única, puesto que única es la prestación. La pluralidad de los sujetos no niega en lo más mínimo tal concepto de unidad, que se encuentra afirmado dogmáticamente en los textos.

## Elementos personales de la obligación y el principio de la vinculación exclusiva de los sujetos contratantes

Entendida la obligación como un vínculo entre dos personas, acreedor y deudor, la relación que une a ambas engendra directamente derechos para el sujeto activo, y no para un tercero y hace recaer la prestación en el sujeto pasivo, y no en persona extraña. La obligación vincula a los sujetos contratantes, que son los que la han puesto en existencia.

El tercero, que no ha tenido participación alguna, ni directamente ni por representación, en la conclusión del contrato, no puede pedir su ejecución, como tampoco le puede pedir su ejecución, como tampoco le puede ser pedida a él. A tenor de este principio, fuertemente arraigado en el Derecho Romano, se consideran nulas las estipulaciones a favor y a cargo de tercero. Sin embargo, el riguroso principio de la nulidad, propio de las épocas antigua y clásica, viene atenuado en el Derecho justiniano.

### **Fuentes de las obligaciones**

Se denomina fuentes de las obligaciones (*causae obligationum*), los hechos jurídicos de donde puede derivarse una relación obligatoria.

Según Gayo, toda obligación nace, bien del contrato, bien del delito (Gayo 3, 38).

La obligatio nace ex contractu. El contractus presupone un acuerdo de voluntades, como requisito primario y elemental, pero su fuerza obligatoria se hace depender –si se exceptúan los llamados contratos consensuales: compraventa, arrendamiento, sociedad, mandato de un elemento real – contratos re- o formal –contratos verbis o litteris.

Si fuente de obligatio es el contractus, y si éste tiene modos de ser diversos –re, verbis-, conviene señalar que el pensamiento de los juristas clásicos abriga la idea de que sólo son contractus los actos lícitos que descansan en un acuerdo, y no en una declaración unilateral.

Precisada así la noción de contractus, advertimos ahora que hay actos lícitos que no se fundan en el acuerdo, y crean, sin embargo, un vínculo obligatorio. Nos lo pone de manifiesto el propio Gayo, a propósito del pago de lo indebido –*indebiti solutio*–: quien recibe lo que no se le debe y que otro le paga por error – queda obligado a restituir, y sin que tal obligación, surja de contrato. Se revela así la insuficiencia de esta enunciación sobre las fuentes.

### **Clasificación justiniana**

En inst. 3,13, 2, se describe que las fuentes de las obligaciones son cuatro, a saber: Las obligaciones nacen del contrato, del cuasicontrato, del delito o del cuasidelito.

#### **1. Obligaciones nacidas del contrato**



La fuente más importante de las obligaciones es el contrato. El contrato se puede definir como "el acuerdo de dos o más personas con el fin de constituir una relación obligatoria reconocida por la ley".

Las instituciones de Gayo (3, 89) clasifican los contratos en reales, verbales, literales y consensuales.

No obstante también pueden clasificarse los contratos en:

- a. Contratos unilaterales y bilaterales. Esta clasificación alude al hecho de que la obligación nazca para una sola de las partes, como ocurre en el mutuo y en los contratos verbis y letteris, o para ambas partes, como sucede en la compraventa, en el arrendamiento. Los contratos bilaterales, llamados también sinalagmáticos, distingúense, a su vez, en perfectos e imperfectos, con lo que se atiende respectivamente, que unas veces nacen obligaciones recíprocas, mientras otras sólo surge obligaciones para una parte.
- b. Contratos iuris civilis e iuris gentium. Lo cual estará en dependencia de que el contrato sea celebrado entre romanos o sean tenidas como partes personas romanas o extranjeras o solamente extranjeras.
- c. Contratos de buena fe y de derecho estricto. Según que den o no lugar a un iudicium bonae fidei. En los iudicia stricta -o stricti iuris- la misión del juez se reduce a decidir con un sencillo "sí" o "no" sobre la existencia o inexistencia, desde el punto de vista jurídico, de la pretensión del actor, concretada en la intentio de la fórmula. En los iudicia bonae fidei, por el contrario, el juez puede valorar las particulares circunstancias del caso, teniendo en cuenta todo aquello que es dable exigir entre personas justas y leales.

## Contratos reales

En el Derecho clásico, obligatio, quae re contrahitur es equivalente a "obligación que se contrae mediante la cosa". Efectivamente, Obligari re, significa que la obligación nace de la transmisión en propiedad de una cosa o de una cantidad de cosas, para que a su tiempo se restituya la cosa misma u otro tanto del mismo género y calidad -tantundem-. Dentro de esta categoría de contratos podemos mencionar:

- a. Mutuo: Es un contrato real, unilateral, por el que una persona -mutuo dans, mutuante- entrega a otra -mutuo accipiens, mutuario-, una cantidad de cosa fungibles, por lo general dinero, con la obligación por parte de ésta de restituir otro tanto del mismo género y calidad.

Son requisitos del mutuo la *datio* y el acuerdo. *Datio*, en sentido técnico, significa transmisión de la propiedad, y tal es necesaria, de todo punto, para la perfección del contrato. Si la *datio* es algo necesario también lo es el acuerdo o voluntad concorde de constituir el mutuo para que éste se considere existente.

El mutuo sólo puede recaer sobre cosas fungibles, de tal forma que sobre el mutuario recae la obligación de devolver otro tanto. Si la voluntad de las partes se endereza a la restitución de la misma cosa entregada, no habría mutuo, sino depósito o comodato. Del mismo modo habría permuta y no mutuo, si se tratara de restituir una cosa distinta.

El mutuario no está obligado a devolver una cantidad que sobrepase el montante de la recibida. De la propia naturaleza de la obligatio, puesta en existencia por la *datio rei*, y del sello formalista impreso a la acción naciente del mutuo –la *condictio*– proviene el carácter esencialmente gratuito del contrato.

Los intereses –*usurae*– sólo pueden ser reclamados cuando haya mediado una estipulación especial –*stipulatio usurarum*–. La acción que compete a tal efecto es la que dimana de la *stipulatio*, desligada formalmente del *mutuum*.

- b. Comodato: Constituye contrato real, bilateral imperfecto y de buena fe, por el cual el deudor (comodatario), se obliga a restituir al acreedor (comodante) una cosa no consumible recibida gratuitamente para hacer uso de ella.

La cesión del objeto para un uso dado, la cual justifica la obligación de restituirlo, no implica transferencia de derechos ni tampoco de posesión; el comodatario no tiene más que la mera posesión corporal, la *possessio naturalis* en el sentido de la detentación.

No es preciso pues que el comodante tenga la propiedad del objeto o que tenga en general algún derecho también el ladrón, concediendo el goce de la cosa, obliga y adquiere la *actio comodatio*. Sin embargo, si bien el comodato es válido el comodante, que no tenía libre facultad para hacer uso del objeto (por ejemplo, el acreedor pignoraticio o el depositario), se hace culpable de hurto.

Objeto del comodato sólo pueden ser las cosas corporales, tanto muebles como inmuebles. Según regla general, la cosa debe ser inconsumible, pero aún se admite respecto de la consumible. Tal ocurre cuando es entregada para un uso distinto del normal.

Nota esencial de este contrato es su gratuidad. En otro caso, es decir, si mediara una merced, no habría comodato, sino arrendamiento. Aunque

gratuito, se distingue de la donación, ya que sólo atribuye un uso temporal de la cosa.

El comodatario debe usar la cosa de conformidad con su propia naturaleza y destino, o bien a tenor de lo especialmente pactado.

- c. Depósito: En este contrato, el depositante confía a la custodia gratuita del depositario una cosa mueble, obligándose éste a devolverla cuando el depositante la reclame.

La datio, que es requisito esencial de este contrato, no lleva aparejada la transmisión del dominio, ni convierte al depositario en poseedor. Puesto que sólo confiere la tenencia real, puede darse en depósito una cosa perteneciente a otra persona.

La cosa objeto de depósito ha de ser mueble, y, por principio, no fungible. Si se trata de cosa fungible, ha de estar dispuesta de manera que sea factible su identificación.

En Derecho clásico, el depósito es esencialmente gratuito. Si media cualquier compensación, surge la figura del arrendamiento. En cambio, el Derecho justiniano no considera contrario a la naturaleza del contrato el pago de una modesta merced.

El depositario viene obligado a la conservación de la cosa confiada, y siempre de conformidad con su peculiar naturaleza. Le está prohibido el uso de la misma, so pena de cometer *furtum usus*. Y debe restituirla, sea al término del tiempo fijado, sea cuando la reclame el deponente, aunque el término no haya transcurrido.

- d. Prenda: Contrato que en su aspecto real ya hemos esbozado sus elementos caracterizadores. Tiene en el campo obligatorio la identidad de ser contrato real, bilateral imperfecto, por el cual el deudor (pignoratario) se obliga a restituir al acreedor (pignorante) un objeto recibido a título de garantía de un crédito que el pignoratario tiene, a subes, para contra el pignorante. El acreedor pignoraticio tiene la obligación de conservar la cosa, así como la de restituirla, una vez cumplida la obligación garantizada. En el caso de venta de la cosa, a seguido del incumplimiento de la obligación, debe satisfacer al deudor el excedente del precio.

En el Derecho clásico el acreedor pignoraticio es responsable de la custodia de la cosa; en el Derecho justiniano, de la diligencia exigida a un buen paterfamilias.

Obligaciones eventuales del deudor pignorante son las siguientes: reembolsar al acreedor los gastos hechos en la cosa; resarcirle de los daños que éste le haya ocasionado; responder por las obligaciones que contraiga el acreedor a consecuencia de la venta del objeto pignorado.

- e. Fiducia. La fiducia es un contrato por el cual una persona –fiduciante– transmite a otra –fiduciario– la propiedad de una cosa, mediante *mancipatio* o *in iure cesio*, con objeto de garantizar un crédito –fiducia cum creditore–, o con miras a fines de varia índole –fiducia cum amico–. Al acto formal de transmisión se agrega un pactum fiduciae que patentiza la finalidad perseguida con el mismo. Tal pacto se halla sancionado por una acción pretoria.

La fiducia cum creditore atribuye al acreedor la condición de dueño de la cosa. En tal sentido, puede reivindicarla, así como celebrar cualquier acto de disposición, salvo que, cancelada la deuda, se expone a la condena derivada del ejercicio de la *actio fiduciae*. Tratándose de fiducia cum amico, la cosa es confiada a persona leal, que adquiere la propiedad en la sola razón y medida del fin que se persigue, y que puede ser de diversa naturaleza: constitución de la cosa en depósito o en comodato, antes de que estos contratos fueran reconocidos; transmisión de la propiedad de la cosa donada con la obligación por parte del donatario de restituirla, si no observa la conducta prefijada –donación modal–; actuación de una donatio mortis causa, en términos tales que la premorencia del donatario determine la restitución de la cosa al donante.

La fiducia desaparece en la época postclásica, juntamente con la *mancipatio* y la *in iure cesio*, sobre las que se apoyaba.

### Contratos consensuales

Este tipo de contratos tiene como particularidad que para su validez no se requiere ni la observancia de la forma, ni la datio rei, sino únicamente el consentimiento de las partes, tanto presentes, cuanto ausente, y ya lo manifiesten de modo expreso o tácito, de palabra, *per epistulam* o *per nuntium*.

Conforman esta clasificación de contratos, la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, dominados todos por el principio de la buena fe, libres de embarazos formales y accesibles a los extranjeros. Nacidos dentro de la corriente del *ius gentium*, en la hora de la expansión romana, responden a las nuevas necesidades del comercio mundial.

- A. Compraventa (emptio venditio). Es un contrato consensual por el que una de las partes –vendedor– se obliga a transmitir la posesión de una cosa, y a asegurar su pacífico goce –habere licere– en tanto que la otra –comprador– asume la obligación de entregar en propiedad una suma de dinero –pretium–.



La compraventa romana es un negocio meramente obligacional: crea obligaciones para vendedor y comprador, en cumplimiento de las cuales uno y otro entregan la cosa y el precio. De ella no nace un derecho real a favor del adquirente, ya que la obligación de transmitir y la efectiva transmisión se producen con independencia.

Objeto de la compraventa *-merx-*, puede serlo una cosa corporal o incorporeal, presente o futura. Tratándose de cosa corporal, es dable determinarla según su propia individualidad, o bien por su pertenencia a un *genus*.

Posible es la compraventa de una cosa futura, sea bajo la condición de que la cosa llegue a existir, como ocurre en el caso de que el objeto de la obligación esté constituido por la cosecha próxima, de forma incondicional de suerte que deba pagarse el precio aunque no sobrevenga la existencia de la cosa, cual sucede, por ejemplo cuando versa sobre la pesca que se recogerá echando la red.

Respecto a las cosas incorporeales, se admite la compraventa de una servidumbre predial, del usufructo, de la herencia ya adquirida por el heredero, de un crédito.

En cuanto al precio, según la corriente seguida por Justiniano, siempre debe consistir en una suma de dinero. También es exigible que sea *certum*, es decir, determinado, y la determinación puede hacerse teniendo en cuenta la presencia de ciertos elementos o circunstancias objetivas. El Derecho clásico no admite que la determinación pueda confiarse al arbitrio de las partes o de un tercero; el Derecho justiniano reconoce, en cambio, la validez de la venta cuando se encomienda la determinación a un tercero, y éste fija por sí el precio.

Para el Derecho clásico, el precio ha de ser verdadero, y no simulado. En efecto, no hay venta, sino donación, cuando el vendedor se conviene con el comprador en que no le exigirá el precio. Al propio tiempo, se procura evitar que bajo el nombre y la apariencia de una venta se encubra una donación prohibida. Nada se dice de la justicia del precio, lo cual varió en el Derecho justiniano, el cual dispone que si alguien vende un inmueble por una cantidad inferior a la mitad de su justo valor *-laesio enormis-*, puede pedir la rescisión de la venta. En todo caso, se reconoce al comprador la facultad de elegir entre la restitución de la cosa y el pago de lo que falta.



De la compraventa nacen dos acciones de buena fe: la *actio empti* o *ex empto*, a favor del comprador y la *actio venditi* o *ex vendito*, a favor del vendedor.

Entregada la cosa, el vendedor responde del *habere uti frui licere*, es decir, de la privación de la posesión y el disfrute que pueda sufrir el comprador como consecuencia de una sentencia condenatoria. La responsabilidad surge, en efecto, cuando el tercero que es dominus de la cosa vence en juicio, con la rei vindicatio, al comprador, o también cuando, sin discutir sobre la propiedad, tiene sobre ella un derecho de servidumbre, de usufructo o de prenda y le es conferida judicialmente, por razón del mismo, la posesión. Háblase, en tal supuesto, de responsabilidad por evicción –de evincere y de evictio–.

Al principio, la responsabilidad por evicción deriva de la mancipatio y, a falta de ésta, de la oportuna stipulatio. Si el mancipio accipiens es demandado judicialmente por un tercero, antes de haber transcurrido el término necesario para la usucapión, puede requerir la presencia del vendedor en el proceso –litem denunciare, auctorem laudare–, bajo la obligación de que, presente en él, le asista y defienda. Si se niega a ello, o su intervención no conduce a buen resultado el comprador puede dirigirse contra él mediante la *actio auctoritatis*, para obtener el doble del precio pagado.

- \* La responsabilidad por los vicios ocultos es regulada, sobre bases nueva, por los ediles curules, a cuyo cargo corre la policía de los mercados públicos. Según el Edicto curul, el vendedor de esclavos o de ciertos animales, está obligado a declarar expresamente los vicios o defectos de los mismos. En virtud del propio edicto, el comprador puede exigir que le sea ofrecida garantía estipulatoria. Y si tal no le es prestada, puede ejercitar la *actio redhibitoria*, en el término de dos meses, o la *actio quanti minoris*, en de seis.

A la compraventa pueden agregarse algunos pactos que, tendiendo a eliminar los efectos del contrato, se hacen valederos mediante las acciones propias de éste. Entre tales tenemos:

- *Lex commissoria*. En virtud de este pacto, se tiene por no celebrado el contrato cuando el comprador deja de pagar el precio dentro del tiempo señalado, debiendo restituirse la cosa con los frutos percibidos.

- *In diem addictio*. Es un pacto por virtud del cual se reserva el vendedor la facultad de rescindir el contrato, si dentro de cierto tiempo se presenta

otra persona que ofrece mejores condiciones. Transcurrido el plazo sin que nadie haga una oferta más ventajosa, o si, haciéndose ésta, no la acepta el vendedor, se considera firme el primer contrato; en el caso contrario, se rescinde la primera venta, salvo que el primer comprador puede hacer suya la oferta del tercero, quedando entonces confirmada la venta a su favor.

- *Pactum de displicentiae*. Mediante este pacto el comprador se reserva la facultad de rescindir el contrato si la cosa no resulta de su agrado –condición resolutoria–, o bien supedita la propia existencia de la compraventa al hecho de que aquélla le ofrezca interés –condición suspensiva–. Si no se fija plazo a uno u otro respecto, el Edicto curul otorga al comprador una *actio in factum*, ejercitable durante sesenta días, por regla general, para declarar sin vigor el contrato. Habiendo transcurrido tal tiempo, la compraventa se considera firme, si se trata de condición resolutoria, o se tiene por no concluida, en el caso de condición suspensiva.

- - *Pacto de retrovendendo*. Por tal pacto el vendedor se reserva la facultad de rescatar la cosa dentro de cierto tiempo, mediante la restitución del precio al comprador.
- - *Pactum de retroemendo*. Es el pacto por el que el comprador puede obligar al vendedor a que adquiera de nuevo la cosa, dentro de un tiempo determinado, y por el mismo precio.

B. *Arrendamiento*. Es un contrato consensual por el cual, a cambio de una merced o remuneración, un sujeto se obliga a procurar a otro el uso y disfrute de una cosa –*locatio conductio rei*–, o a prestarle determinados servicios –*locatio conductio operarum*–, o a realizarle una obra –*locatio conductio operis*–. Esta definición, comprensiva de tres figuras de arrendamiento, muéstrase conforme con la doctrina moderna, antes que con el propio Derecho romano. Frente a lo que hoy ocurre, no conocía éste diversas especies de arrendamiento, sino una relación unitaria, un tipo contractual único.

*Arrendamiento de cosas –locatio conductio rei–*. El arrendamiento de cosas crea un vínculo personal, por virtud del cual puede exigir el arrendatario –conductor– el uso o el uso y disfrute de aquéllas, en tanto pesa sobre él la obligación de pagar la merced convenida.

Del arrendamiento no nace un derecho real, sino un derecho de crédito, ejercitable frente a la persona concreta del arrendador -locator-. El arrendatario es simple detentador y, consecuentemente, no goza de la protección interdictal acordada en beneficio del poseedor.

El arrendamiento puede recaer sobre toda clase de cosas, con tal de que sean inconsumibles. No se excluye la posibilidad de arrendar el ejercicio de iura in re aliena, tales como el usufructo, la habitatio y la superficie. El arrendatario de casas o edificios se llama inquilinus; el de terrenos, colonus.

La merced debe consistir en una suma cierta de dinero, esto es, determinada al concluir el contrato. Sólo en el Derecho justiniano puede encomendarse la determinación al arbitrium de un tercero, pero si éste no puede o no quiere verificarla, se considera ineficaz el contrato.

No hay arrendamiento, sino contrato innominado, cuando la merced no consiste en dinero. Se exceptúa, sin embargo, la *colonia partiaria*, donde la merced consiste en una cuota de los frutos del fundo.

Dentro de las obligaciones del locator están: -Procurar el uso o el uso y disfrute de la cosa. El locator debe en efecto, facilitar el libre goce -y sin vicios- de la cosa, según su actual y propio destino. La imposibilidad del uso o del uso y disfrute, siempre que se debga a culpa del locator, acarrea para éste la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios, o sea, el pleno id quod interest. En otro caso, queda liberado, pero no recibe la merced. Mientras dure el arriendo, no le es dable al locator introducir en la cosa modificación alguna que la haga impropia o menos idónea para el goce convenido. -Hacer las reparaciones necesarias para la conservación de la cosa en la forma que requiere su propio y normal destino. -Reembolsar al conductor los gastos necesarios y útiles que haya hecho en la cosa. -Soportar las cargas que pesen sobre la cosa.

Son obligaciones del conductor: -Pagar la merced convenida. Puede librarse del pago cuando eventos graves -inundación, terremoto, sequía- impidan el uso o disfrute de la cosa. -Usar de la cosa en el modo que conviene a su propio destino. Su responsabilidad alcanza a toda culpa. -Restituir la cosa al término del arriendo. Una constitución de Zenón castiga la injusta oposición del conductor a restituir cual si se tratase de invasión de la posesión ajena. En el Derecho justiniano no cabe oponerse a la restitución afirmando el propio derecho dominical.

Cuando no se ha fijado un término, o no cabe inducir éste de la naturaleza del contrato puede cesar el arrendamiento por decisión del arrendador o del arrendatario, y sin necesidad de previo aviso. Termina, en fin, el arrendamiento cuando cesa el derecho del arrendador sobre la cosa, como ocurre en el caso del usufructo extinguido antes del término de duración señalado al contrato.

Arrendamiento de obra –*locatio conductio operis*-. Recae sobre el resultado de un trabajo, esto es, sobre el producto del mismo, ya acabado. Tal ocurre, por ejemplo, cuando se conviene el transporte de cosas o persona, la confección de un traje o la construcción de una casa. Poco importa en estos casos que el que asume el encargo de realizar la obra la lleve o no a término personalmente, y que se atenga o no a las instrucciones o indicaciones de la otra parte, puesto que su obligación estriba en entregar la obra ya acabada. Cabe, no obstante, que el contrato se haya celebrado en atención a las cualidades técnicas del obrero –conductor-, por manera que sea él quien realice el trabajo. Dado tal supuesto, la muerte del obrero determina –y éste es caso excepcional- la extinción del contrato.

Arrendamiento de servicios –*locatio conductio operarum*-. Versa sobre la prestación de los propios servicios, durante un cierto tiempo, y a cambio de una remuneración. Los de artes liberales –abogacía, medicina etc.-no eran prestados, dadas las ideas dominantes en la sociedad romana, sino gratuitamente. La reclamación de las recompensas sólo fue posible en la época imperial, mediante *cognitio extra ordinem*. La prestación de las *operae* debe hacerse personalmente, cesando tal obligación con la muerte del locator. La muerte del conductor no determina el cese de la relación, que se traspasa a sus herederos.

C. Sociedad. Es un contrato consensual por virtud del cual dos o más personas –*socii*-se obligan recíprocamente a poner en común bienes o actividades de trabajo. para alcanzar un fin lícito de utilidad común.

La sociedad es un contrato consensual, lo esencial es que existe un consentimiento, importando poco la forma en que éste se exprese. Mas el consentimiento ha de ser constante y duradero, y por ello se habla que éste se exprese.

La aportación de cada socio puede ser distinta, y no sólo en la cantidad, sino también en la calidad. Cabe, en efecto, que un socio contribuya con dinero al todo común, mientras otro presta sus propios servicios. No surge, sin embargo, la relación contractual cuando algún socio no aporta nada. De la misma manera, y vista siempre la necesaria comunidad de

fin, no se concibe un contrato por el que uno de los socios comparte tan sólo las pérdidas, y no también las ganancias.

Cuando nada se ha convenido sobre el reparto de pérdidas y ganancias, unas y otras se dividen por partes iguales –y no en proporción a las aportaciones–; y si se han determinado únicamente las ganancias, por ejemplo, y no las pérdidas, se aplica a éstas la misma medida que a aquéllas.

La sociedad es un contrato de buena fe. Cada socio viene obligado a contribuir al todo común en los términos convenidos y, además, en lo que sea exigible entre personas de leal proceder, según las particulares circunstancias del caso. El que se asocia con otros, ha de poner en los asuntos sociales la diligencia que suele emplear en la administración de las cosas propias.

A diferencia de la asociación, dotada de personalidad jurídica, la sociedad no actúa en el mundo del Derecho como sujeto individual y autónomo. Dado que es una simple relación contractual entre los socios, es decir, una “relación interna”, no trasciende para nada al exterior.

La sociedad se constituye sobre la base de una relación de confianza entre determinadas personas. Y la fraternitas en que la sociedad se inspira, explica bien el que ésta acabe como tal por la renuntiatio o rescisión unilateral y por la muerte o la capitis deminutio de cualquiera de los socios.

Mediante la actio pro socio, de buena fe, se hacen valer las obligaciones recíprocas de los miembros de la sociedad. Se trata de una acción general de rendición de cuentas, y la condena de algún socio como consecuencia de su ejercicio lleva aparejada la declaración de infamia. La actio pro socio no da lugar a adjudicaciones. La división del patrimonio social se consigue mediante el ejercicio de la actio communi dividundo.

- D. Mandato –Mandatum–. Es un contrato consensual, bilateral imperfecto, por virtud del cual una persona –mandatario o procurador– se obliga a efectuar gratuitamente el encargo o gestión encomendados por otra –mandante–, y que atañe al interés de ésta o de un tercero. El mandato es un contrato consensual, en orden a la perfección del contrato, es suficiente cualquier signo o indicio de segura interpretación.



El mandato es esencialmente gratuito. Como expresión de gratitud, más que como compensación al servicio prestado, se admite la posibilidad de que el mandatario reciba un *salarium*, que es exigible *extra ordinem*, y no por medio de la *actio mandati contraria*.

El mandato ha de ofrecer interés para el mandante o para un tercero, y nada evita que con el interés de uno o de otro concorra también el del mandatario. Mas si el mandato mira exclusivamente al interés de uno o de otro concorra también el del mandatario. Mas si el mandato mira exclusivamente al interés del mandatario, no pasa de ser un consejo, y, consecuentemente, carece de efectos jurídicos.

Obligación del mandatario es la de llevar a cumplido término el mandato, según las instrucciones recibidas, o bien con arreglo a la naturaleza del negocio. Se excede en la ejecución del mandato el que lo realiza en condiciones distintas de las señaladas por el mandante, ya sean más onerosas o ya lo sean menos.

El mandatario debe dar cuenta al demandante de su gestión, vertiendo en el patrimonio del mismo todas las adquisiciones hechas como consecuencia de la ejecución del mandato. Si al mandatario da a interés dinero del mandante, viene obligado a entregar cuanto emolumento llegue a percibir; responde de los intereses cuando no comercia con el dinero, pero lo invierte en sus propios usos.

Del mandato, contrato de buena fe, nacen la *actio mandati directa*, ejercitable por el mandante contra el mandatario, y la *actio mandati contraria* que compete a éste contra aquél. Una y otra sirven para exigir el cumplimiento de las respectivas obligaciones.

Como causas de extinción del mandato se puede mencionar: - El cumplimiento del encargo, o la imposibilidad de llegar a realizarlo. - la llegada del término establecido. - La voluntad concorde de las partes. - La revocación por parte del mandante, si bien sólo produce efectos desde el momento en que el mandatario la conoce. - La renuncia del mandatario, aunque en este caso debe asumir los daños que pueda causarle el mandante si la renuncia es hecha de forma intempestiva y sin justa causa. - La muerte de cualquiera de las partes.

## Contratos formales

Entre los contratos formales enumera Gayo los verbales y los literales.

La obligación verbal se hace mediante una pregunta y una respuesta, como por ejemplo: ¿Prometes dar? Prometo ¿Darás? Daré, tal es la *stipulatio*, figura propia –privativa– de los *cives romani*, y que Gayo erige en centro cardinal de la *obligatio verbis contracta*. El propio jurista habla luego a modo de digresión, de la existencia de otras obligaciones que se pueden contraer sin que medie una interrogación previa, es decir, que surgen de la palabra de quien quiere obligarse. La enumeración que ha dado Gayo se completa por los romanistas. Entre los contratos verbales se incluyen el *nexum*, la *vadiatura* y la *praediatura*.

El *nexum*. No es un *contractus*, puesto que no se endereza a poner en existencia la obligación de realizar una prestación. Cabalmente, su finalidad radica en garantizar al acreedor, pero ha de advertirse, de todas maneras, que se trata de una institución muy antigua, de la que los mismos juristas romanos no tienen una idea cierta, una exacta conciencia.

*Stipulatio*. Es el nervio y puntal de la doctrina clásica de la *obligatio*, se celebra *verbis*, es decir, mediante una pregunta del acreedor y una respuesta congruente del deudor. La *stipulatio*, otorga fuerza obligacional a toda suerte de convenios. En efecto, no sólo sirve para “formalizar” contratos desprovistos de forma –y ello, por carentes de acción, sino también para dar actuación o refuerzo a las más diversas relaciones. Si prescindieramos de su carácter unilateral y de su rigurosa ordenación verbal, la *stipulatio* se semejaría de todo punto de al contrato moderno. O mejor aún, no hablaríamos, con relación a ella, de un contrato, sino de el contrato, en cuanto tiene de medio idóneo para dotar de eficacia jurídica a acuerdos de voluntades de vario contenido.

La *stipulatio* es una promesa estipulada, esto es, instada por medio de una pregunta. En el antiguo Derecho civil la pregunta y la respuesta se conciben en la forma de la *sponsio*: *spondes? Spondeo*. La *sponsio*, institución de raigambre y sello religioso-jurídico, según se cree, sólo es accesible a los ciudadanos romanos.

Requisitos formales de la *stipulatio* son la oralidad, la *unitas actus*, la congruencia de la pregunta y la respuesta, y la presencia de las partes.

*Dotis dictio*. Constituye promesa solemne de dote, hecha por la mujer misma, si es *sui iuris*, o por el pater, el abuelo paterno o un deudor de ella, que intervenga bajo mandato de la misma. La obligación nace de los *verba*

pronunciados por el constituyente, siempre y cuando se llegue a contraer el matrimonio o que, ya contraído, no se declare su nulidad.  
La *dotis dictio* puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales.

*Promissio iurata liberti*. Es la promesa jurada por la que el liberto se obliga a prestar determinados servicios al patrono. Trátase del único caso en que el juramento pone en existencia una obligación civil. De advertir es que no median aquí otros verba que los del liberto promitente.

Antes de que el liberto adquiriera la condición de tal, es decir, en un momento en que todavía es esclavo, carece de capacidad para obligarse conforme a Derecho, pero puede recurrir a un juramento que le constriña religiosamente a prestar servicios al dominus, una vez que éste lo manumita. Es un segundo juramento, hecho después de la manumisión, el que faculta para exigir jurídicamente tales servicios.

*Vadiatura*. El vas es una persona que se hace responsable del cumplimiento de deberes ajenos. Cuando menos, esto es seguro en lo que toca a los deberes procesales y, más concretamente, a la comparecencia en juicio. Esta vieja forma de caución procesal perdura en el *vadimonium* de la época clásica, que más tarde, en el Derecho justiniano, será sustituido por la *cautio iudicio sisti*. El *vadimonium* se presta mediante *stipulatio* del propio demandado, con la intervención de garantes –sponsors–.

*Praediatura*. Otra figura del garante es la del *praes*. Su garantía se aplica a las deudas contraídas por los particulares con el Estado o con las civitates, por razón de tributos o de adjudicación de obras públicas. Asimismo se extiende al orden procesal, garantizan la restitución de la cosa y de los frutos por parte del litigante que, habiendo recibido interinamente la posesión de la misma, llegue a perder el pleito.

## El contrato literal

La *transcriptio* es el contrato literal de la época clásica. La *obligatio litteris* se funda en las anotaciones que hace el *paterfamilias* en su libro de cuentas. A la manera del comerciante actual, todo *paterfamilias* suele llevar un libro contable, donde anota los ingresos y salidas derivados de negocios contraídos con otras personas.

La *transcriptio*, según Gayo, podía ser a *re in personam* y a *persona in personam*. La primera implica la transformación en obligación literal de una

obligatio proveniente de causa distinta: el acreedor anota en la *accepti* pagina la suma que otro le debe, por ejemplo, de una compraventa, como si le hubiera sido realmente entregada y al propio tiempo inscribe en la *expensi* pagina la misma suma, como entregada al deudor –y de hecho no ocurre así– en concepto de mutuo.

Por su parte, la *transcriptio a persona in personam* se verifica para sustituir un deudor por otro nuevo: el acreedor anota como crédito contra Ticio lo que le debe Cayo. Al igual que en el caso anterior, se combinan aquí una *acceptilatio* una *expensilatio* ficticia, por manera que extinguiéndose la obligación de Cayo, que en realidad no ha pagado, surge una *obligatio litteris* a cargo de Ticio.

La *transcriptio* versa sobre una cantidad cierta de dinero, y engendra siempre deudas abstractas; la *expensilatio* constata el pago, pero nada dice sobre la finalidad jurídica a que éste se endereza. De otra parte, registrándose el pago como hecho actual, la *transcriptio* no puede ser sujeta a condición.

Los *Chirographa* y los *syngrapha*. El *chirographum* es un documento único, que queda en poder del acreedor, y atestigua el negocio efectivamente celebrado por las partes; el *syngraphum*, en cambio, es redactado en doble original, suscrito por los interesados, cada uno de los cuales conserva un ejemplar, y puede atestiguar negocios ficticios, esto es inexistentes. El quirógrafo es exclusivamente “probatorio”, mientras el síngrafo es “dispositivo”, puesto que el propio documento se erige en causa de la obligación, importando poco que exista o no la deuda.

Concedida la ciudadanía a todos los habitantes del imperio –212 d.J., desaparece el síngrafo, inconciliable con el genuino sistema romano, que sólo otorga eficacia probatoria a la escritura. Sobrevive, en cambio, el quirógrafo que desde hacía ya tiempo era utilizado por los romanos como medio probatorio de la estipulación., y en términos de ocultar su propia esencia con miras a este fin.

### **Contratos innominados**

El Derecho clásico no conoce la categoría general del *contractus*, sino figuras típicas contractuales. Existen, en efecto, determinados contratos, y cada uno de ellos constituye un “caso”, una entidad individualizada en la forma o en la causa.

La *stipulatio* atribuye obligatoriedad contractual a cualquier convenio, pero la forma se constituye en fuente y fundamento de la relación obligatoria,

dotándola de validez, revistiéndola de acción. La forma, en definitiva, individualiza la stipulatio, distinguiéndola de cualquier otro negocio.

Definido el contrato como convención, o si se quiere, afirmado que el consensus es alma del contrato, ni aun en el mismo Derecho justiniano fue reconocido, sin embargo, el principio de la libertad contractual. Por excepción, el Derecho civil otorga fuerza obligatoria al simple consensus –contratos consensu: compraventa, arrendamiento, sociedad, mandato-. En los demás casos, la fuerza obligatoria se hace depender, según la disciplina de ese mismo Derecho, de un elemento real –contratos re- o formal –contratos verbis o litteris-.

En la Compilación justiniana se sienta el principio de que si dos personas se ponen de acuerdo en orden a realizar una prestación a cambio de otra, y una de ellas realiza la suya, surge para la otra obligación de cumplir la contraprestación. Pues bien, las convenciones acogidas al abrigo de tal principio, son agrupadas por los bizantinos bajo la rúbrica de contratos “innominados”, contraponiéndolas así a las que tienen un nombre propio.

Según D. 19,5,5, se clasifican los contratos innominados en cuatro categorías:

- a. Do ut des, si la prestación cumplida y la que debe cumplirse tienen por objeto la transmisión de la propiedad de la cosa –permuta-.
- b. Do ut facias, cuando una parte da una cosa para que la otra observe un determinado comportamiento –ejem. Se da una cosa con el fin de que quien la reciba manumita un esclavo de su propiedad-.
- c. Facio ut des, en la hipótesis contraria a la anterior.
- d. Facio ut facias, si las dos prestaciones se enderezan a un facere.

Principales contratos innominados. Entre los principales contratos de este tipo que reciben sanción en el Derecho justiniano figuran la permuta, el, el precarium y la transacción.

a. La permuta constituye un cambio de cosa por cosa, es contrato del tipo do ut des. Negocio no consensual, descansa en la datio de una de las partes. Aunque disímil, en alguna manera, de la compraventa, la jurisprudencia aplica a la permuta, singularmente en materia de evicción y vicios ocultos, reglas que atañen al régimen de la emptio venditio.

b. El precarium, es un negocio por el que una de las partes concede a otra gratuitamente el uso de una cosa o de un derecho, y en términos de poder revocar la concesión cuando le plazca. En el Derecho posclásico el precario adquiere carácter contractual, considerándose la relación entre el precarista y



la cosa como simple detentación. Por otra parte, se admite la posibilidad de que recaiga sobre la *res pignori data*.

El precario se diferencia del comodato y del arrendamiento. Por un lado atribuye un goce más amplio que el otorgado al arrendatario y al comodatario; por otro, el concedente conserva el derecho de revocación a su libre arbitrio. En fin, el precarista sólo responde del dolo y de la culpa grave.

c. La transacción –*transactio*– es un acuerdo por el que las partes, mediante concesiones recíprocas, ponen fin a un litigio ya comenzado o evitan el litigio que puede sobrevenir. En el Derecho justiniano, con la concesión de la *actio praescriptis verbis*, la transacción es incluida en el marco de los contratos innominados.

### Obligaciones derivadas de los cuasicontratos

La segunda de las fuentes de las obligaciones, está constituida por supuestos de irregular formación del vínculo obligacional, es decir, por supuestos en los cuales la obligación se confecciona a través de hechos que en un origen no están dirigidos a la constitución de las mismas.

Promesa unilateral en los casos de *pollicitatio* y del *votum*. La validez jurídica de la simple promesa unilateral se admite excepcionalmente, al abrigo de razones de interés público o de circunstancias especiales. Si no deben surgir derechos a favor de quienes no han manifestado el deseo de adquirirlos, resulta difícil, por otra parte, patentizar el hecho de una promesa unilateral. La promesa *ade recompensa* a quien facilite la devolución de una cosa perdida o robada sólo vincula en el caso de que medie un acuerdo. Ejemplos de una promesa de tal naturaleza las ofrecen algunas fuentes epigráficas. En una inscripción mural de Pompeya se lee “Desapareció de la tienda un caldero de cobre. Si alguien lo devolviese, se le darán XV sestercios; si entregase al ladrón donde la cosa pueda conservarse, XX sestercios.

En el citado ejemplo, la promesa unilateral sólo es valorada socialmente. Sin embargo, la *pollicitatio* logra adquirir eficacia jurídica cuando se hace a favor de la *res publica*– ciudad, municipio, colonia– o se funda en una *iusta causa*. Surgida con este carácter hacia fines de la república, la *pollicitatio* se desarrolla en la vida municipal del imperio.

- \* En el Derecho clásico, *pollicitatio* es la promesa hecha por un particular a la ciudad, con ocasión de haber recibido un cargo o de presentarse como candidato al mismo –*honor decretus vel decernendus*–, y cuyo contenido versa sobre la

realización de un opus de pública utilidad o sobre la entrega de una suma de dinero. Cabe todavía que la promesa no implique esta especie de contraprestación al honor recibido o por recibir, de modo que obedezca a un puro rasgo de liberalidad –*pollicitatio non ob honorem*–.

La *pollicitatio ob honorem* tiene eficacia por sí misma, y no cae, por ese su carácter de quasi debitum, bajo la sanción prohibitoria de la *lex Cincia*. La *pollicitatio non ob honorem* entraña, en cambio, una donación y, por ello, el promitente no viene obligado a su cumplimiento. La cuestión puede cambiar, sin embargo, cuando ha habido un principio de ejecución.

### Negotiorum gestio y figuras afines

Por la *negotiorum gestio* se realiza la gestión de negocios ajenos por propia iniciativa, es decir, sin haber recibido mandato para ello. De la gestión de negocios ajenos sin mandato surge para el gestor la obligación de llevarlos a cumplido término, y para el *dominus negotii* la de reconocer la actividad útilmente comenzada, indemnizando al primero por razón de los gastos y de los daños sufridos.

La *negotiorum gestio* debe producirse en interés objetivo del patrimonio del *dominus* o principal. Queda obligado éste cuando la gestión conviene a su propio interés, en cuanto se le evita un daño o se le proporciona un beneficio. Mas si hay casos en que este criterio objetivo se impone por su propio peso, es decir, por su propia justicia, no cabe negar todavía que la *negotiorum gestio* ha de inspirarse subjetivamente en el interés del *dominus negotii*. El *dominus* no puede alegar, con fundamento de razón –de la razón que asiste al común juicio–, que prefería ver caída su casa antes que reparada por un tercero en ocasión de amenazar ruina. Pero tampoco es razonable que alguien arriende una finca para otra persona sin que le conste que ésta abrigaba la intención de llevar a cabo un arrendamiento.

El negocio gestionado debe ser ajeno, pues no es lógico que haya *negotiorum gestio* cuando alguien cuida de un negocio propio bajo la errónea creencia de que sirve al interés de otra persona.

La gestión debe reportar una utilidad, lo cual no implica que deba tener éxito así, por ejemplo no se puede dudar de la utilidad de la acción de quien repara una casa que después se incendia o cura un esclavo, que después muere.

El gestor debe llevar el negocio a cumplido término, no abandonando la gestión por el hecho de que haya muerto el *dominus*.

Enriquecimiento injusto. Hay enriquecimiento injusto cuando una persona se lucra a costa de otra, sin estar asistida por una causa jurídica. Lo más frecuente es que semejante enriquecimiento provenga de la entrega de una cosa por parte de quien se cree obligado a ello, cuando no lo está en realidad. Si en tal caso la propia norma jurídica justifica el traspaso de la propiedad, y el perdidoso no puede intentar la rei vindicatio –sea porque le es negada, sea porque determinadas circunstancias impiden su ejercicio–, hácese necesario reconocer y curar la sinrazón del enriquecimiento. Tal finalidad se logra en el Derecho romano mediante la condictio, la acción in personam típica.

De la solutio indebiti surge la primera especie de enriquecimiento injusto. La solutio indebiti presupone la inexistencia de una obligación, cuyo contenido trata de satisfacerse, a impulsos de un error, mediante la datio.

La solutio indebiti tiene el mismo carácter de fuente de obligación real que el mutuo. Al igual que en éste, la obligación de restituir que acarrea el enriquecimiento injusto tiene por base una datio. Aunque media una distinción, y es que en el caso del mutuo se refiere a cosas fungibles, en cambio se la figura estudiada se puede referir a cosas no fungibles.

De manera general, todos los supuesto en que la obligación de restituir no se refiere a un contrato –al mutuo precisamente–, son incluidos en la categoría del cuasi-contrato.

### **Obligaciones derivadas del acto ilícito**

En Roma, el acto ilícito que se sanciona con una pena, es un delito. Estos pueden ser públicos o privados, según se trate de actos que ofenden al Estado o a un particular. Los primeros son castigados con pena pública, ya sea corporal o pecuniaria, reciben el nombre de crimina; los segundos, castigados con pena privada pecuniaria, se conocen con el nombre de delicta o maleficia.

La anterior distinción no se muestra conforme con el concepto moderno del delito –del delito en sentido propio–, en cuanto que éste viene referido a un trastorno o quebrantamiento de una norma dictada en interés del orden social, de la comunidad ciudadana. Hoy día, delito y pena pública son ideas que guardan estrecha relación. Y si en el ámbito de las relaciones entre particulares se habla de delito, conviene advertir que las obligaciones aquí surgidas no tienen carácter de pena. El hecho ilícito o delito civil fundamenta un derecho de indemnización, porque lo que se toma en cuenta no es otra cosa que el desequilibrio ocasionado a un patrimonio.

En la época clásica la pena privada tiene carácter punitivo, cual la pública. El delito es una ofensa inferida al individuo, y la pena, por más que sea pecuniaria, cumple una finalidad de expiación. En la época justiniana la pena privada degenera en una sanción tendente al resarcimiento, pero no hasta el punto de perder por completo su viejo efecto expiatorio. La acción penal, con su fin de expiación, suele ser transformada ahora en mixta –penal y reipersecutoria-, de manera que a una restricción del efecto típico de la pena corresponde una mayor consideración del resarcimiento, de la reparación material del daño. }

El Derecho romano no conoce el *delictum*, como categoría general y abstracta, sino particulares *delicta*. Dentro del *ius civile* la *obligatio ex delicto* nace de cuatro delitos típicos: el *furtum*, la rapina, la *iniuria* y el *damnum iniuria datum*. Postclásica es la categoría del *cuasidelito*, integrada por actos ilícitos que antes persiguiera el Pretor mediante acciones *in factum*, y que ahora vienen atraídos al cuadro de las obligaciones, como obligaciones *quasi ex delicto*.

De los delitos civiles y de los actos ilícitos no delictuales contemplados por el Pretor, nacen acciones penales, cuyas características de orden general son las siguientes:

1 La intransmisibilidad. En un primer tiempo, y en consonancia con este carácter penal, las acciones no son transmisibles, ni activa ni pasivamente. Más tarde tal principio sufre excepciones: del lado activo, la intransmisibilidad queda reducida al estrecho marco de las acciones que los intérpretes llaman *vindictam spirante*, donde el delito reviste el carácter de ofensa personalísima; en cuanto al heredero del delincuente, se otorga una acción en los límites de lo lucrado por efecto del delito que cometió el difunto.

2 La noxalidad. Si el autor del delito privado es un esclavo o un *filiusfamilias*, la acción penal es concedida *noxaliter* contra el *dominus* o el *pater*, por manera que éstos pueden librarse de la pena pecuniaria entregando al ofendido la persona del reo.

El régimen de la noxalidad se mantiene firme, en lo que concierne al *servus*, hasta la época justiniana. La *deditio* de los *filiifamilias* comienza a decaer en la época clásica y, sobre todo, cuando llega a afirmarse la capacidad patrimonial de los mismos con el reconocimiento de los *peculios*. Si logra mantenerse hasta bastante tarde, y más en la teoría que en la realidad, tal se debe al hecho de considerarse intangible –formalmente cuando menos- el poder paterno. El respeto debido a este poder exigía que, ante un ataque dirigido contra el hijo, se brindase al padre el medio de defenderlo. La legislación



justinianeas, reconociendo la propia dureza y el contenido odioso de la *deditio* de hombres libres, la declara abolida. En este momento es dable actuar directamente contra los hijos de familia por los delitos que hayan cometido.

La responsabilidad por el hecho delictivo del *filius* o del *servus* no alcanza al *pater* o *dominus* bajo cuya potestad se encuentra en el momento de la comisión del mismo, sino a aquel que se halla investido del poder paterno o dominical en la hora de ser intentada la acción.

Cesa la acción noxal cuando el *filius* o el *servus* salen del poder paterno o dominical, por ejemplo mediante emancipación o manumisión, y entonces el ofendido o perjudicado puede actuar directamente contra él.

3 La acumulación. La *actio poenalis* no es incompatible con el ejercicio de cualquier otra acción que, naciendo del mismo delito, se encamine a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño. Este principio de la acumulación es rechazado en parte por la legislación justinianeas.

4 Las acciones penales sancionada por el *ius civile* –*furti*, *iniuriarum*, *damni iniuriae*– son perpetuas; las estatuidas por el Pretor se extinguen, normalmente, con el transcurso de un año, a contar desde que se cometió el delito, o desde el momento en que el ofendido se encuentra en situación de poder entablarlas. A veces, sin embargo, estas últimas tienen también carácter perpetuo, como ocurre cuando se establecen a imitación del Derecho civil.

Justiniano llama *reipersecutorias* –*rei persecuendae causa comparatae*– a todas las acciones reales y a las acciones *ex contractu*; las acciones *ex maleficio*, que para los clásicos eran penales, se distinguen ahora en dos grupos: penales, que se enderezan sólo a una pena –y aquí únicamente figura la *actio furti*–, y mixtas, es decir, a la vez penales y *reipersecutorias*. En este grupo figuran la *actio legis Aquiliae* y otras análogas.

De advertir es que Justiniano considera como pena todo lo que excede de la simple reparación del daño causado al patrimonio.

## Furtum.

Según Gayo (3, 95) comete *furtum*, no sólo quien quita una cosa ajena para apropiársela, sino también quien trata la cosa como propia contra la voluntad de su dueño. Junto a la vieja y estrecha concepción materialista del *furtum*, caracterizada por la *amotio rei* –por ese sacar o remover la cosa del lugar en que se encuentra–, aparece aquí la más amplia y adelantada de la *contrectatio*



rei, que abarca todos aquellos caos en que hay un uso o una intromisión no consentida por el propietario. La segunda concepción se sobrepone a la primera, definiéndose en general el furtum como contrectatio rei alienae invito domino o dolo malo. Justiniano trata de meter en un cuadro sistemático los variados casos de furtum, distinguiendo la sustracción de la cosa –furtum rei-, el uso ilícito-furtum usus- y la indebida apropiación –furtum possessionis-. En el Digesto (D. 47,2,1,3) se lee: “Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve: Hurto es la sustracción fraudulenta de una cosa con intención de lucro, ya sea de la cosa misma, ya sea también de su uso o de su posesión”.

La contrectatio comprende tanto la sustracción –ablatio- o el uso ilícito de la cosa ajena –furtum usus-, cuando la indebida apropiación –furtum possessionis-.

El furtum determina una lesión injusta de la posesión que otro tiene respecto de una cosa. En este sentido, poco importa que quien posee –de buena fe- no sea propietario. Y no se comete furtum frente al propietario no poseedor.

Verdad es, sin embargo, que esta rígida configuración posesoria del hurto viene atenuada. De una parte, se admite que tal delito pueda dañar a quienes detentar la cosa en virtud de un contrato que lleva adosada la responsabilidad por custodia –comodatario,-; de otra, se reconoce también como activamente legitimado al propietario no poseedor, cuando no le es dable accionar al poseedor. Las acciones de hurto son negadas al ladrón hurtado y al poseedor de mala fe.

El hurto recae sobre cosa mueble.

El elemento subjetivo del furtum es el dolo. Los romanos hablan de dolus malus: no se comete furtum sin la intervención del dolo malo..

Las XII Tablas distinguen entre el fur manifestus –ladrón cogido en flagrante delito- y el fur nec manifestus. El primero, siendo persona libre, y púber, sugría la pena de azotes y era entregado –addictus- a la víctima del robo, discutiéndose por los veteres si con esto quedaba como esclavo o tan sólo como adiudicatus, si era impúber, la pena de azotes se daba en una medida variable, a tenor de las particulares circunstancias que rodearan el caso. Tratándose de esclavo, era azotado y después arrojado a un precipicio.

La víctima del fur podía también dar muerte al fur manifestus, cuando cometía el delito de noche –fur nocturnus-, o de día a mano armada, si bien es este caso debía pedir socorro a grandes voces.

Posible era que entre el comisor de *furtum* y la víctima del delito se hiciese la paz, pagando aquél a éste una suma de dinero a título de rescate.

La *actio furti nec manifesti* puede ser intentada no sólo contra el fur, sin también contra el que coopera al hurto con su ayuda y consejo.

La *actio furti* es infamante y perpetua. Es transmisible a los herederos de la víctima, pero no a los del ladrón, dado su carácter penal.

A lo largo de la historia del Derecho romano el *furtum* fue un delito privado. Sin embargo, progresivamente surgen y se afianzan las penas públicas para reprimir las modalidades más graves. A fines de la República, la ley Cornelia de *sicariis* castiga al ladrón armado; luego, la ley Julia, al que se sustrae cosas públicas o sagradas, y, en fin, una serie de hurtos cualificados –en atención a las circunstancias de lugar y de tiempo en que se cometen, de los medios adoptados para su ejecución, de la especial naturaleza de la cosa hurtada–, caen pronto bajo la disciplina del procedimiento criminal. Avanzado el imperio, la víctima puede recurrir, en la mayoría de los casos, y si así lo prefiere, a la justicia penal *extraordinem* antes que al proceso privado.

### Rapina .

La rapina –*bona vi rapta*– no constituía, al principio, una figura propia de delito, sino un hurto cualificado: sustracción hecha con violencia. El arrebató violento de las cosas ajenas es circunstancia que agrava, naturalmente, el hurto, y por eso se llama *improbus fur* a quien procede de tal suerte. En el año 76 a.C el Pretor Lúculo introduce una acción especial, la *actio vi bonorum raptorum*, de carácter infamante.

Comprendida como está la rapina en el concepto y normas del *furtum*, es dable la concurrencia de la *actio vi bonorum raptorum* con la *actio furti*. En la época clásica, quien ejercita la *actio vi bonorum raptorum* no puede intentar luego la de hurto, en tanto que el ejercicio de ésta no impide el posterior entablamiento de aquélla.

### Damnum iniuria datum

Es el daño causado culposamente en una cosa ajena. Esta figura de delito tiene su punto de entronque en la Lex Aquilia, de fecha incierta, pero muy antigua.

Con la Lex Aquilia se inicia un proceso de reglamentación uniforme de los casos de daño en las cosas. La práctica pretoria y la actividad jurisprudencia vendrán

luego a curar y ampliar el deficiente régimen de *damnum* contemplado por dicha ley. Las sutiles decisiones romanas en torno a una especiosa casuística; la atención preferente dispensada por los compiladores a este delito, y, en fin, el hecho de que los viejos términos y conceptos han sido adoptados y desarrollados por la doctrina moderna, hacen que la figura delictual ahora examinada destaque entre las demás como la más interesante.

El daño contemplado por la ley *Aquilia* presupone un comportamiento antijurídico: "*damnum iniuria datum*". La iniuria implica culpabilidad en el agente. La culpabilidad se da tanto en el hecho doloso —*dolus malus*—, cuanto en la culpa o negligencia.

El daño debe producirse *corpore corpori*, es decir, directamente por el agente y directamente sobre la cosa. No procede la persecución *ex lege Aquilia* cuando alguien deja morir de hambre al esclavo ajeno, ni tampoco cuando se le facilita la huida, abriendo la jaula o la prisión en la que se encuentra encerrado. En el primer ejemplo, porque no actúa la propia mano —el esfuerzo muscular—, en el segundo, porque la actividad corporal no tiene como destinataria la cosa, considerada en su estructura física.

### Iniuria

En sentido amplio "iniuria" es término expresivo de la antijuridicidad de un acto —de cualquier acto—. En sentido restringido es una ofensa contra la integridad corporal o moral de una persona, asumiendo entonces figura de delito. Puede consistir en palabras o en hechos; puede ser grave, o sea calificada por circunstancias agravantes de persona, lugar, tiempo, o simple.

Se distingue también la iniuria inmediata, o sea causada directamente a la persona, y mediata, o sea hecha a personas unidas íntimamente con ella, por ejemplo a la novia, a la hija, etc.

En el régimen de las XII Tablas la iniuria se refiere únicamente a singulares casos de lesión o violencia corporal: mutilación de un miembro o inutilización de un órgano, que se castiga con la pena del talión, a no ser que medie composición voluntaria. —Fractura de hueso a un hombre libre o a un esclavo, que determina una pena pecuniaria. —Lesiones menores de toda clase, que también obligan al pago de una suma.

El concepto torpe y estrecho de la iniuria, junto con lo irrisorio de las penas pecuniarias, que pecan también de rígidas y desiguales, determina una reglamentación pretoria, merced a la cual las normas antiguas son

transformadas y acomodadas a las nuevas exigencias. El Pretor instituye una *actio iniuriarum aestimatoria*, que permite perseguir toda suerte de atentados contra la integridad física.

Dentro del régimen pretorio, toca a la persona ofendida la valoración – *aestimatio* – de la injuria recibida, si bien el juez está autorizado para condenar *ex bono et aequo*. En el caso de injurias graves, es el Pretor quien suele hacer la estimación, y el juez, por respeto a éste, no se atreve, de ordinario, a rebajar la condena.

La *actio iniuriarum* es penal e infamante; ésta pertenece al número de las acciones *vindictam spirantes*, por lo que no compete a los herederos del injuriado, ni se intenta de ningún modo contra los herederos del injuriante.

### Los actos ilícitos del Derecho pretorio (cuasi-delitos)

En los cuasidelitos, como sucede en los cuasicontratos, la analogía con el delito radica en el hecho objetivo. La formación de esta categoría es acaso una manifestación de la tendencia que indujo cada vez más a dar relieve a la culpa por el concepto y las consecuencias del delito.

Los casos que se presentan son los siguientes:

1. *Si iudex litem suam fecerit*. El pretor otorga una acción *in bonum et aequum* concepta contra el juez que obra dolosamente al pronunciar sentencia: *cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit* (D. 5, 1, 15, 1): Cuando pronuncie sentencia con dolo en fraude de la ley. En la época justiniana la responsabilidad viene extendida a la negligencia y la pena puede reducirse a la vera *aestimatio litis*.
2. *Positum et suspensum*. Una acción con este nombre es concedida por el Pretor contra el habitador de una casa que coloca o suspende algún objeto que de a la vía pública, de manera que, con su caída, podría causar daño a cualquier transeúnte. La acción es popular –asequible a todo ciudadano–, prescinde de que medie o no culpa, y se endereza a una condena de diez mil sesteracios.
3. *Effusum et deiectum*. Si de un edificio se arroja a un lugar público un objeto cualquiera del cual derive daño, el inquilino, sin tener en consideración su culpa, está obligado con la *actio* de *effusis et deiectionis* a resarcir el doble del daño causado. Si una persona fuese muerta cualquier ciudadano puede intentar la acción y la pena es de una suma de dinero.

4. Hurtos y daños cometidos por los propios dependientes. Los propietarios de naves, hoteles y establos son responsables en la medida del doble de los hurtos cometidos y de los daños causados a los objetos de los viajeros, hayan sido o no entregados a ellos. La acción no compete contra los herederos, pero es perpetua y solidaria

Fuera de los casos definidos como cuasi delitos, son de recordar otros actos ilícitos que guardan relación con la idea de daño o perjuicio patrimonial o moral causados a otra persona. Entre ellos tenemos la violación de sepultura, perseguible por la *actio sepulchri violati*, que acarrea una pena determinada al arbitrio del juez, si la ejerce el titular del *ius sepulchri* o de cien mil sestericios, si es intentada como acción popular; la corrupción del esclavo ajeno, cuyo castigo se logra mediante el ejercicio de la *actio servi corrupti*; la usurpación injusta de bienes de los contribuyentes por parte de los publicanos; el daño causado por el agrimensor declarando una medida falsa, sea en una controversia de linderos o confines, sea a la hora en que una cosa es objeto de venta o de división.

### Cumplimiento de las obligaciones

Lugar y tiempo de la prestación. El efecto primordial de la obligación es su cumplimiento o ejecución. La ejecución o cumplimiento normal, es decir, conforme con el contenido dado por las partes a la obligación en el momento constitutivo, se llama "pago". Los romanos hablan de *solutio*, pero tal término no alude originariamente a este aspecto objetivo y materialista del cumplimiento de la deuda. Al principio, *solutio* —de *solvere*, antítesis de *ligare*— se refiere ad omnem liberationem quomodo factam: cualquier modo en que la liberación se realice, a la liberación del deudor, a la extinción de la obligatio, sin tener en cuenta la manera en que se verifica. Junto a tal acepción coexiste otra, de origen más reciente, que atribuye a *solutio* el significado restringido de prestación de lo que es debido: *solvere dicitur qui id facit quod facere promisit*: se dice que paga aquel que hace lo que prometió hacer.

El lugar en que el deudor debe realizar la prestación y el acreedor aceptarla puede venir determinado por las partes, directa o indirectamente. La determinación se infiere de la propia naturaleza de la prestación cuando se trata de la entrega de un inmueble o de la realización de cierto trabajo en un fundo.

Si no se ha determinado el lugar, y la prestación recae sobre cosas fungibles, el cumplimiento debe realizarse allí donde el acreedor puede pedir las en juicio —*ibi dari debet ubi petitur*— dado que la acción personal sólo puede intentarse en



el *forum domicilii* –en vía excepcional ante los jueces del lugar de origen, cuando por casualidad se encuentre allí-, el deudor tiene derecho a ejecutar la prestación en el lugar de su domicilio. Tratándose de cierta species –de una cosa o de una cantidad determinada-, la prestación ha de hacerse en el lugar en que se encuentra, o en aquel en que se encontraría de no haber obrado dolosamente el deudor, transportándola a lugar distinto. El acreedor está facultado, sin embargo, para pedir que la cosa le sea prestada en otra parte, soportando el riesgo y los gastos.

El acreedor no puede exigir la prestación en lugar distinto del señalado al constituir la obligación. Mas si el crédito está amparado por una acción con *intentio certa*, puede resultar prácticamente inexigible cuando el deudor se encuentre ausente del lugar fijado. El proceso de la época clásica exige la presencia *in iure* del demandado, y de otra parte, una persecución judicial del deudor en lugar distinto del establecido en el acto constitutivo de la obligatio, origina una *plus petitio*.

El tiempo de pago puede ser determinado por las partes o inducirse del propio contenido del negocio. Cuando no se fija término, la prestación se debe en el día mismo en que nace la obligación –*praesenti die*-, a no ser que, habiéndose señalado un lugar para el cumplimiento, o tratándose de la realización de un *opus* –por ejemplo, *domum aedificari*-, la propia naturaleza de las cosas exija una dilación, de manera que cumpla el deudor cuando razonablemente pueda hacerlo.

### **Incumplimiento de las obligaciones y sus presupuestos**

El deudor se vincula al acreedor en orden al cumplimiento de una determinada prestación. El cumplimiento puede resultar objetivamente imposible, y, en tal caso, se disuelve el vínculo –*obligatio resolvitur*-. De imposibilidad objetiva no cabe hablar cuando la obligación recae sobre una cosa genérica: la dificultad económica o de otra suerte en que se encuentre el deudor es algo que se aparta del impedimento natural, único que puede liberarle.

En el ámbito de las obligaciones que tienen por objeto una certa *res* –obligaciones que imponen como único deber el de entregar la cosa: *dare oportere*-, el deudor responde del incumplimiento cuando la imposibilidad proviene de un acto a él imputable –*factum debitoris*-. Se libera, en cambio, cuando la imposibilidad no depende de un acto suyo. Ni la omisión del deudor acarrea responsabilidad, ni se toma en cuenta, cuando surge ésta, por un acto positivo, el elemento intencional.

En el campo de las obligaciones tuteladas por acciones con intentio incerta – obligaciones que imponen al deudor una dare facere-, es dable tener en cuenta toda clase de actos del deudor, ya que el contenido de la prestación se determina y concreta en vista de las circunstancias. En los iudicia bonae fidei, que constituyen los principales casos de acciones con intentio incerta, se asegura una responsabilidad con arreglo a las circunstancias del caso particular. El deudor es responsable aquí de todo aquello que sea exigible entre personas justas y leales, importando poco que se trate de un acto positivo o de una omisión.

El deudor responde por dolo, en tanto se libera por caso fortuito. El problema estriba en saber si en la época clásica responde también por culpa.

Dolo es la intención o propósito deliberado de observar una conducta que acarrea la imposibilidad de cumplir la prestación. Culpa tanto significa como negligencia y se contrapone a diligencia. Caso fortuito es cualquier evento no imputable al deudor.

La compilación justiniana ofrece un sistema de responsabilidad articulado, con varias graduaciones. El primer grado está constituido por el dolus, cuya nota característica es la intencionalidad. El segundo, por culpa, que muestra a su vez las siguientes articulaciones:

- a. Culpa lata o negligencia extrema. Es culpa lata la negligencia excesiva, esto es, no entender lo que todos entienden (D. 50, 16, 213, 2). La culpa lata se equipara, siguiendo precedentes clásicos, al dolo.
- b. Culpa levis o inobservancia de la diligencia propia del bonus o diligens paterfamilias, con lo que se entiende el tipo de hombre normal, ordenado y cuidadoso, en la gestión de su hacienda y, por manera general, en la actividad correspondiente a la prestación de que se trate.
- c. Culpa in concreto, o inobservancia, por parte del deudor, de la diligencia que suele tener en sus propios asuntos, y que, en el particular caso, puede ser menor que la propia del hombre normal. La culpa in concreto se contrapone a la que los propios comentaristas denominan culpa in abstracto, que se valora tomando por medida la diligentia del bonus paterfamilias. La diligencia quam suis se aplica, por modo especial, a aquellas relaciones en que el deudor debe gestionar o cuidar el interés ajeno cual si fuese propio. Tal ocurre en orden a las obligaciones del tutor y del socio y a la obligación del marido de restituir la dote.

El deudor se libera de toda responsabilidad cuando la prestacion se hace imposible por un evento que no le es imputable. Hechos naturales – inundación, terremoto, ruina, naufragio, etc-, hechos jurídicos que sustraen la cosa al comercio de los hombres y actos humanos realizados

por terceros con empleo de fuerza irresistible, libran al deudor de todo vínculo. Con relación a tales acontecimientos se habla de casus o de casus fortuitus. El caso fortuito absoluto es la vis mayor o evento que ninguna medida de previsión normal hubiera podido evitar.

### Efectos del incumplimiento imputable al deudor

Siempre que el deudor deba responder del incumplimiento, según los criterios expuestos, la obligación subsiste, y el acreedor puede pedir en juicio la prestación de la cosa debida, cual si ésta no hubiese perecido. A falta de cumplimiento de la prestación, la condena ha de recaer sobre una suma de dinero, cuyo montante determina el propio acreedor, bajo juramento, o directamente el juez.

El contenido de la condena es variable, porque varias son las modalidades de la formula. Si la formula lleva una intentio certa, la condena se centra en el valor común de la cosa, o si se quiere, en el valor que ésta tiene para cualquiera – quanti ea res est-. En caso de intentio incerta, nada impide que entre en juego –y esto es lo normal– el criterio subjetivo, de suerte que la condena mire al valor que tiene la cosa para la propia persona del acreedor –id quod interest-. Hay casos, sin embargo, en que, mediando circunstancias o elementos de diversa naturaleza, la cláusula quanti ea res est lleva a superar la pauta objetiva, alcanzando la condena al id quod interest.

### Mora

El deudor incurre en mora cuando no cumple en tiempo oportuno, y por causa que le es imputable, la prestación debida. Quien retrasa el cumplimiento de una obligación, no la cumple tal como debiera, y si la ejecución tardía no ofrece interés para el acreedor, el retraso implica, en efecto, incumplimiento, con todas las consecuencias que de aquí se derivan, y en los términos antes expuestos. Sin embargo, cuando la prestación es posible y el acreedor tiene interés en que ésta se verifique, por más que medie dilación, los efectos de la mora no adquieren la amplitud propia del incumplimiento.

Para que haya mora es menester que el retraso en el cumplimiento se deba al deudor. Precísase, además que la obligación sea válida y exigible, esto es, asistida por una acción a la que no se pueda oponer una excepción. La interpellatio, la intimación por parte del acreedor para que el deudor cumpla, no es un presupuesto necesario de la mora, sino algo que sirve para decidir, en terreno de prueba, la responsabilidad del deudor. Hay caos en que la llamada al

cumplimiento es fundamental para que se juzgue culposo el comportamiento del deudor, mas hay otros en que tal no es necesario, hablándose entonces de mora ex re. La mora sin interpellatio tiene lugar cuando la obligación es a término, rigiendo lo que los juristas medioevales expresan con la máxima dies interpellat pro homine. En las obligaciones nacidas de delito tampoco es necesaria la interpellatio para poner de manifiesto la responsabilidad del deudor.

La mora agrava la responsabilidad del deudor. Tratándose de obligaciones que recaen sobre una determinada cosa –certa res–, la obligación se perpetúa –perpetuatio obligationis–, por manera que el deudor no se libera si la cosa perece después de la mora. En los iudicia bona fidei es dable exigir al deudor los frutos obtenidos post moram, y en las deudas de dinero los intereses de la suma debida desde el día de la mora.

La mora cesa, según dictados de equidad –ex bono et aequo– que se aprecian en cada caso, cuando el deudor ofrece al acreedor el pago íntegro, y el último no tiene una causa justificada para rechazarlo.

Opuesta a la mora debitoria, es la llamada mora del acreedor, que tiene lugar, cuando éste rechaza, sin justa causa, la oferta de pago íntegro y efectivo que le hace el deudor. Rechazada así la oferta, y siempre que se trate de cosa específica, el deudor sólo responde de la pérdida de ésta en caso de dolo. Perdida una cosa genéricamente determinada o una suma de dinero, por causa no dolosa, y luego de haber sido hecha la oferta real, el deudor puede oponer la exceptio doli a la acción del acreedor.

Cuando la deuda es de dinero, y el deudor la consigna en público, queda exento del riesgo, así como de la eventual obligación de pagar intereses. En el Derecho justiniano el depósito in publico extingue ipso iure la obligación.

El acreedor puede ser también responsable de los daños y gastos ocasionados al deudor pro no haber aceptado la oferta que éste le hizo a su debido tiempo.

### **Garantía y refuerzo de las obligaciones**

El cumplimiento de la obligación puede asegurarse sujetando la cosa de propiedad a la acción directa del acreedor, o bien haciendo que otra persona responda de la deuda con el propio crédito. Con referencia a uno y otro casos, se habla, respectivamente, de “garantías reales” y “garantías personales”. De las garantías reales, tales como fiducia, pignus, hipoteca, hemos hablado antes, quedando por examinar, dentro de esta última categoría, las constituidas por



contrato estipulatorio –la *stipulatio*, en tres particulares aplicaciones: *sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio*– y por mandato creditual o mandato de apertura de crédito –*mandatum pecuniae credendae*–.

1. Fianza. Entre otras varias formas de garantía personal, ocupa un lugar prevalente la fianza. Por la fianza una persona se obliga a responder de una deuda ajena con el propio crédito. Semejante obligación es accesoria de la obligación contraída anteriormente por el deudor principal. Esta existencia sucesiva –y no simultánea, como ocurre en la solidaridad pasiva– de los derechos del acreedor frente a deudores de distinto rango a la fianza. Sin embargo, la responsabilidad del fiador se manifiesta de modo vario en la historia del Derecho romano: al principio, el fiador es el único responsable, ya que se coloca en el puesto del deudor; más tarde, responde solidariamente como codeudor, y, por último se afirma el carácter accesorio de la obligación del fiador. En la época clásica conviven el principio de la coobligación solidaria y el de la accesoriedad; en el *Corpus Iuris* encuentra éste su definitiva consagración.

La época republicano-clásica conoce tres formas de fianza verbal: la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*. Aparecida primero la *sponsio*, y después de ella, en orden temporal sucesivo, la *fidepromissio* y la *fideiussio*, celébranse las tres verbis, como toda *stipulatio*, pero tienen un campo de aplicación distinto, y, a veces, es distinta también su misma naturaleza. En el Derecho justiniano sólo existe una forma de fianza, la *fideiussio*, que es resultado de la fusión de todas. Los compiladores sustituyen sistemáticamente los términos *sponsio* y *didepromissio* por el de *fideiussio*.

La *sponsio* y la *fidepromissio* sólo pueden garantizar obligaciones de carácter estipulatorio. La fórmula verbal de constitución es: *idem dari spondes?* ( o *fidepromittis?*), con la respuesta del fiador *spondeo* o *fidepromitto*. La *sponsio* es institución del *ius civile* y, por tanto, únicamente accesible a los ciudadanos romanos; la *fidepromissio* puede ser utilizada por los fiadores peregrinos. Tanto la obligación del sponsor, cuanto la del *fidepromissor*, es intransmisible al os herederos.

En la época republicana son dictadas varias leyes con miras a regular las relaciones entre cofiadores y entre el fiador y el deudor principal. Una *Lex Apuleia*, posterior al 241 a.C, dispone que si uno de los varios fiadores paga más de lo que le corresponde, puede dirigirse contra los demás para exigirles el reembolso del excedente.

La *fideiussio* sirve para garantizar toda suerte de obligaciones. Se diferencia así de la *sponsio* y de la *fidepromissio*, sólo aplicables a la



garantía de obligaciones contraídas verbalmente. Además, la sponsio y la fidepromissio se refieren a la misma promesa del deudor: el sponsor y el fidepromissor prometen el idem, pero no se subordinan a la obligación principal. Distinguiéndose la estipulación de garantía de la principal, es posible tener por válida aquella en ciertos casos en que ésta es inválida. En cambio, la fideiussio acarrea obligación para el garante siempre y cuando el deudor quede obligatus, siquiera sea naturaliter. Por último, y de modo contratio a lo que ocurre en la sponsio y en la fidepromissio, la obligación del fideiussor se transmite hereditariamente y la acción para hacerla efectiva tiene carácter perpetuo.

La fideiussio es accesible a romanos y extranjeros, y se constituye con la fórmula *id fide tua esse iubet?* y respuesta del fiador: *fideiubeo*.

El fideiussor responde de todo cuanto puede reclamarse al deudor principal. En ningún caso puede obligarse a más que el deudor principal, aunque sí a menos.

En la época clásica el fideiussor responde a la par que el deudor principal. El acreedor tiene la facultad de dirigirse, a su elección, contra uno o contra otro, y la *litis contestatio* celebrada con cualquiera de ellos extingue ambas obligaciones. Para soslayar esta último inconveniente, se introduce en la práctica la que los modernos llaman *fideiussio indemnitatis*, por virtud de la cual el fiador sólo se obliga a pagar la parte de la prestación que el acreedor no logró obtener del deudor principal.

2. **Mandato creditual.** El mandato de crédito (*mandatum qualificatum*), esto es el mandato de otorgar crédito a un tercero, fue reconocido por Sabino como obligatorio. Este negocio ofrece características semejantes a las de la fianza, puesto que el mandatario, juntamente con su acción derivada del préstamo contra el prestatario (considerado deudor principal), tiene también una *actio mandati* (contraria) contra el mandante, de quien puede exigir (como de un fiador), el reintegro de la suma acreditada al tercero. La libertad de forma del mandato permite que pueda ser éste utilizado entre ausentes.

Se puede decir que consiste en el encargo que una persona –mandante– hace a otra –mandatario– para que abra un crédito a un tercero.

El mandato de apertura de crédito obedece en la época clásica a las normas del mandato propio y verdadero –es un negocio con efectos de

fiaduría. Afirmada luego, en el Derecho justiniano, la tendencia a ver en la fianza un negocio especial, el mandato de crédito viene asemejado a la fideiussio.

Los beneficios de excusión y de cesión de acciones se dan a favor del mandante. Siendo varios los que mandan abrir el crédito, disponen del beneficio de división.

### **Refuerzo de las obligaciones**

Arrha. Consisten en una suma de dinero u otra cosa que el deudor entrega al acreedor para testiguar o probar la existencia de un contrato consensual –la compraventa, por lo común ya perfecto. Ciertamente, en el mundo romano las arras no son más que una señal confirmatoria de la conclusión del contrato.

De ellas no surge para las partes el derecho de rescindir el contrato, y deben restituirse con independencia de la ejecución de éste.

Las arras griegas, cumplen una función penal. Mediando arras, recae una sanción sobre la parte que incumple el contrato: si es el comprador, pierde lo que ha dado, y si es el vendedor, el doble u otro múltiple de lo recibido. Esta función penal de las arras –arrha poenitentialis– es acogida por Justiniano en una constitución del año 528. el comprador y el vendedor pueden apartarse unilateralmente del contrato, y si quien lo hace es el primero, pierde las arras que dio, y si el segundo, está obligado a restituir in duplum las recibidas.

Cláusula penal. Es la promesa de verificar una prestación –por lo general, el pago de una suma de dinero– en caso de incumplir una obligación. Para establecer la pena que importa semejante prestación se acude a la stipulatio –stipulatio poenae–, o bien al pacto simple, cuando se añade a un contrato de buena fe. Se emplea la cláusula penal con el fin de que el deudor, forzado por la amenaza de la pena, cumpla la obligación asumida –la obligación principal, de la que es accesoria la nacida de la cláusula–. Pero sirve también para fijar de antemano la responsabilidad del deudor a la hora del incumplimiento, y que, de otro modo, quedaría incierta hasta que el iudex pronunciase la condena.

### **Extinción de las obligaciones**

El vínculo que entraña la obligación puede desaparecer de raíz, según determinación del ius civile. Siempre que medie una causa de extinción civil el

*dare facere oportere* cae por su base, e inútil será, por consiguiente, invocar en juicio la tutela de un derecho. Si no subsiste el *oportere*, el juez rechaza, en cuanto infundada, la reclamación del acreedor.

Cabe todavía que, subsistiendo la obligatio, según el *ius civile*, otorgue el Pretor al deudor la facultad de paralizar, mediante *exceptio*, la actio entablada por el acreedor. Y así, junto a la extinción civil, *ipso iure*, se da una extinción pretoria, *ope exceptionis*.

La distinción entre unos y otros modos de extinguir la obligación tiene especial significado en la época clásica: las causas de extinción *ipso iure* pueden ser invocadas en cualquier fase del juicio, en tanto que la *exceptio* ha de ser insertada en la formula y, por consiguiente, propuesta *in iure*. En el Derecho justinianeo los modos de extinción operan con igual eficacia: *nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur* (no hay diferencia entre que uno, de propio derecho, no tenga acción, y que la acción quede invalidada por una excepción). Desaparecido el procedimiento formulario, la excepción no se diferencia –al menos en el orden procesal– de cualquiera otra defensa del demandado, y se puede proponer también después de la *litis contestatio*.

### 1. Causas de extinción “*ipso iure*”.

**Pago.** El pago, constituye el modo normal de extinguir la obligación. Prestado al acreedor lo que le es debido –y esto es el pago–, la obligación, cualquiera que sea su objeto, se extingue definitivamente: Procede la liberación a perpetuidad cuando adquieres definitivamente lo que yo te debía y no pueda ser repetido lo que se pagó. El pago tiene eficacia extintiva siempre que haya correspondencia objetiva entre el contenido de la obligación y el acto del deudor. Significa esto que el deudor ha de observar una determinada forma cuando así lo reclame la naturaleza de la prestación.

El pago debe ser hecho por el deudor, pero puede hacerlo también un tercero, a no ser que, habiéndose considerado especialmente las cualidades o aptitudes del obligado se exija de él, precisamente, el cumplimiento de la prestación. El pago que hace el tercero tiene eficacia liberatoria cuando se da en éste la intención de extinguir la deuda ajena, y poco importa que el deudor no tenga conocimiento del mismo o que, teniéndolo, lo prohíba: porque se halla establecido por el derecho civil que es lícito mejorar la condición de una persona, aun sin su conocimiento y contra su voluntad.

El pago debe ser hecho al acreedor o a un representante suyo –tutor, curador, procurator, mandatario, etc. En caso de stipulatio, es dable indicar una persona a la cual pueda también pagar el deudor.

El deudor está obligado a satisfacer el pago íntegro.

Si una persona tiene varias deudas con el mismo acreedor, puede imputar el pago de una suma a aquella que prefiera extinguir: esá en su potestad –del deudor– expresar por qué causa hace el pago. Si el deudor nada dice al respecto, y paga una cantidad cuyo montante es inferior al de todas las deudas, está al arbitrio del acreedor determinar por cuál quiere que se haya pagado. A falta de determinación por parte del que paga y del que cobra, rigen reglas especiales que salvaguardan el interés del deudor. En virtud de ellas, el pago se imputa, respectivamente, a los intereses, al crédito vendido, al crédito más oneroso o más antiguo, antes que al capital, al crédito cuyo vencimiento no ha llegado, al crédito menos oneroso o al más moderno. Si no se dan tales elementos, el pago se imputa proporcionalmente a cada una de las deudas.

Solutio per aes et libram. Es un medio de extinción aplicable a las obligaciones nacidas de gestum per aes et libram –nexum–, a las provenientes de condena judicial y al los legados damnatorios. En presencia de cinco testigos, cuando menos, y de un fiel contraste –libripens–, el deudor hace esta declaración: puesto que yo he sido condenado por sentencia judicial a tantos miles de sestercios, por este título me desato y me libero de ti con este bronce y esta balanza. Yo te peso, de acuerdo con la ley pública, esta primera y última libra. Entonces golpea la balanza con el raudusculum y lo entrega al acreedor a manera de pago. Esta forma de liberación sigue una evolución pareja a la de la mancipatio, y así lo que en principio importaba pago efectivo, se convierte luego en pago ficticio, pero que libera, en todo caso, al deudor. Al igual que todos los gesta per aes et libram, no existe ya en el Derecho justiniano.

Acceptilatio. Es una forma de extinguir obligaciones contraídas verbis o litteris. El deudor interroga al acreedor con estas palabras: ¿Has recibido lo que yo te prometí? Y el acreedor responde: lo he recibido. Al principio, la acceptilatio sigue a un pago efectivo, siendo una forma de declaración del recibo; más tarde, es empleada para la remisión de deudas contraídas verbis. En este último momento se otorga fuerza extintiva a la declaración del recibo, y de por sí, esto es, en concepto de imaginaria solutio.

Dada su estructura formal, la *acceptilatio* no admite términos ni condiciones. Cabe sin embargo, que tenga por objeto una deuda sujeta a condición por manera que el cumplimiento de ésta libera al que promete dinero bajo condición.

La *acceptilatio* sirve para extinguir las obligaciones verbales, estipulatorias, pero no las demás. Si se quiere cancelar obligaciones no derivadas de contratos verbales, es menester transformarlas antes, por novación, en estipulaciones. Las varias deudas que tenga una persona frente a otra pueden ser transformadas en una estipulación que las abarque conjuntamente, saldándolas luego mediante *acceptilatio*.

*Consensus contrarius*. La obligación derivada de contrato consensual puede extinguirse por mutuo acuerdo de las partes –*contrarius consensus, mutuus dissensus*–, si bien esto sólo procede antes de que una de las partes verifique la prestación.

*Novación*. Es la sustitución de una obligación por otra. La novación importa extinción de una obligación precedente por la transfusión o transposición de su contenido en una posterior *estipulatio*. Ulpiano la define como “transfusión y conversión de una deuda anterior en otra obligación”, añadiendo que la creación de la *nova obligatio* extingue la antigua, se crea una nueva, de suerte que se extinga la primera.

*Confusión*. Las obligaciones se extinguen por confusión, esto es, por llegar a darse en una misma persona las cualidades de acreedor y deudor. Ocurre esto, de ordinario a consecuencia de la herencia o de otra adquisición universal.

*Muerte y capitis deminutio*. Ciertas obligaciones se extinguen por la muerte de uno de los sujetos. Así ocurre *verbi gratia*, con las obligaciones delictuales, con las derivadas de *sponsio* y *fidepromissio*, con las fundadas en relaciones de confianza o en consideración a las personas –sociedad, mandato–.

Causas de extinción “*ope exceptionis*”

1. *Compensación*. Tiene lugar cuando el deudor opone al acreedor un crédito que tiene a su vez contra éste.



## ACTIVIDADES DE AUTOESTUDIO

### Responda

- a. ¿Piensa que la obligación tal y como ha sido presentada en Roma, sigue teniendo vigencia?
- b. ¿Cuál sería a su criterio la idea fundamental que informa al fenómeno jurídico denominado obligación?
- c. ¿Cuáles son sus consideraciones respecto de la importancia que tiene la obligación en la economía?
- d. ¿En su experiencia personal, ha intervenido en alguna transacción obligacional, exprese en cuál?
- e. ¿Cuál es la diferencia fundamental entre la categoría de las obligaciones civiles y naturales, conoce de la existencia actual de ejemplos de cada uno?
- f. ¿Qué concepto puede dar de fuente de las obligaciones?
- g. ¿Considera que en la actualidad se manifiesta de alguna manera el sistema de fuentes de las obligaciones romanas. Cuál le parece la más repetida e importante?
- h. ¿Cree usted que en cada una de las fuentes se realiza de forma igual la idea fundamental que informa al fenómeno de la obligación?
- i. ¿Cuáles son a su criterio los elementos distintivos entre los tipos de contratos del Derecho romano?
- j. ¿Reconoce algunas manifestaciones actuales de los contratos romanos, cuáles?

Reconoce en alguna clasificación contractual algún punto de contacto con las obligaciones de garantía

### Realice

Un concepto propio de obligación

Un cuadro sinóptico de la clasificación de las obligaciones, centrando el análisis en los caracteres fundamentales de cada uno de los tipos

Diseñe una lista de las fuentes de las obligaciones y desarrolle un resumen de sus elementos característicos

Analice los delitos y los cuasidelitos como fuentes de las obligaciones, procurando determinar si conoce usted la existencia de fenómenos parecidos en nuestra realidad social

Dé un ejemplo actual de cada tipo de cuasicontrato. No desde el punto de vista técnico, sino utilizando su propia experiencia y conocimientos

Procure realizar un escrito de medio folio en el que se plasmen sus ideas en torno al fenómeno jurídico denominado contrato y su relación con la obligación

Reflexione sobre las ideas fundamentales que informan la responsabilidad civil y determine si constituye fuente de las obligaciones y a cuál de ellas se refiere. Medite sobre casos actuales en que se presente la responsabilidad civil y determine si continúa teniendo similares características a las del Derecho Romano.

### III. UNIDAD: DERECHO DE FAMILIA, DERECHO DE SUCESIONES Y PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL<sup>1</sup>

#### §1 DERECHO DE FAMILIA

##### Carácter y evolución histórica de la familia romana

La familia romana, lo que los romanos llaman familia, es un cuerpo social totalmente distinto de nuestra sociedad doméstica, de la familia natural en el sentido moderno. Lo genuino, lo característico, lo que define con propiedad a la familia –familia proprio iure–, es el sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad –manus, potestas– de un jefe –paterfamilias–, señor o soberano de la familia y no “padre de familia”.

La familia proprio iure dicta es definida por Ulpiano en estos términos: Por Derecho propio, llamamos “familia” al conjunto de personas que, por naturaleza o por derecho, están bajo una misma potestad. Esta unidad real de la familia, fundada en la sujeción a la potestad de un paterfamilias viviente, se escinde en época histórica, dando lugar a la formación de otras tantas familias cuantos son los hijos varones. Muerto el pater, se divide la familia sometida a él en otras familias, pero aún conserva un vínculo –el vínculo agnaticio– entre todos los que estaban sometidos a la misma autoridad. Los agnados constituyen la comunidad familiar establecida por derecho, de la cual dice el propio Ulpiano: Por derecho común, llamamos “familia” a la formada por todos los agnados, porque, aunque al morir el cabeza de familia, cada uno tiene familia propia, todos los que estuvieron sometidos a la misma potestad serán propiamente considerados de la misma familia, pues proceden de igual casa y estirpe.

Definida así esta doble suerte de relaciones familiares, interesa ahora saber cómo surgió la distinción entre familia communi iure y familia proprio iure dicta. Y ha de decirse que, a medida que nos remontamos a los orígenes precívicos, todo parece confirmar la idea de que el grupo agnaticio coincide con la gens. Por otra parte, cabe suponer que la primitiva familia abrigase en su regazo a todos los agnados, y que razones de orden y de defensa, es decir, razones superiores a las simplemente domésticas, impusieran a la que después se llamó familia communi iure la conservación intacta de su propia unidad política a la muerte del jefe, bajo la potestad de otro jefe designado por el predecesor. Asumidas luego por la civitas las fundamentales funciones políticas

---

<sup>1</sup> IGLESIAS, Juan; Derecho romano; Ariel; Barcelona; 2002.

de orden y de defensa, la unidad compacta del grupo familiar entra en quiebra: la familia se escinde en tantos grupos cuantos son los filiifamilias inmediatamente sujetos a la potestad del jefe muerto, si bien es otorgada a éstos la facultad de conservar indiviso el patrimonio familiar, en un régimen de *consortium –consortium inter fratres–*. La gradual escisión o disgregación de la familia *communi iure* –que en época posterior es mero residuo histórico del tipo de familia más antiguo–, acarrea la formación y vigorización de la familia *proprio iure*, de tipo más reciente.

### **Poderes del Paterfamilias**

La *manus*, el poder unitario del paterfamilias, comprende en sí diversas potestades: sobre la mujer –*manus maritalis* o *potestas maritalis*–; sobre los hijos –*potestas* o *patria potestas*–; sobre los esclavos –*dominica potestas*–, y sobre los hijos de otros entregados en venta al paterfamilias –*mancipium*–.

El poder del paterfamilias sobre las personas a él sometidas era originariamente absoluto. Frente a los individuos libres y no libres de la casa, el señorío del paterfamilias otorga a éste el derecho de vida y muerte –*ius vitae necisque*–. Como elemento de la *potestas* aparecen también el *ius exponendi* y el *ius vendendi*, esto es, los derechos de exponer y de vender a los individuos de la familia. Igualmente, pertenece a los atributos de la *potestas* la facultad de liberarse de responsabilidades externas derivadas de los daños –*noxae*– producidos por algún miembro de la casa a otra familia, de conformidad con la práctica observada en las relaciones de carácter internacional por las más antiguas comunidades –*ius noxae dandi*–.

Inconcebibles son las relaciones de derecho privado entre el paterfamilias y los filiifamilias, como no puede hablarse de pretensiones de éstos frente a aquél, ni de un derecho a los alimentos, o de un derecho de la hija a la constitución de la dote.

El Estado no conoce *alieni iuris*, mientras que en la familia existe un único *sui iuris*. Pero si el paterfamilias se presenta como el solo tenedor de derecho privado, no debe creerse que los demás individuos desaparecen en la familia al someterse a la *potestas* de aquél.

*Potestas* institucional es la del paterfamilias. El paterfamilias actúa autónomamente en el gobierno de la familia, pero no independientemente. Su autonomía no es personal, sino funcional.

Aún hay que añadir algo más. El paterfamilias es diligente, es decir, religioso. Y existe una especie de religio que el paterfamilias observa escrupulosamente. Es esa religio en la que campea la voluntad sabia y santa de los mayores, transmitida de generación en generación. Esa voluntad ha creado la familia in aeternum: con su cuerpo espiritual –comunidad de los presentes y de los ausentes– y su cuerpo material –el patrimonio– la familia se vincula, por la herencia, a lo eterno.

La antigua familia es una pequeña comunidad soberana: “Nuestros mayores consideraron la casa como una pequeña república”, decía Séneca. La sucesiva intervención estatal, en consonancia con las nuevas concepciones sociales, acabó por destruir el viejo mundo de conceptos sobre el que descansaba la familia.

La intervención se inicia en el siglo I d.C. Trajano obliga a emancipar al filius maltratado por el pater. Adriano castiga con la deportatio in insulam al pater que mata al hijo “más como ladrón que en uso del derecho paterno. El ius vitae et necis, todavía testimoniado por Papiniano, es condenado por la ética cristiana. Constantino hace reo de la pena propia del parricidio, a quien mata al hijo.

Justiniano permite la venta del hijo sólo en caso de extrema necesidad, facultando a éste para recobrar su libertad mediante oferta al comprador del precio o de otro esclavo. Abolida es ahora la noxae deditio, y del ius vitae et necis no queda más que una simple memoria. La norma ética se convierte en imperativo jurídico: el emperador cristiano trae a la letra de la ley el principio de que la patria potestas debe consistir en la piedad, no en la atrocidad.

Para hacer valer sus poderes, así frente a los filii como frente a extraños, dispone el pater de varios medios. De un lado, puede recurrir a la autoridad pública, para que ésta conmine y atemorice al filius que no procede como debe; de otro, puede dirigirse contra el tercero que sin su voluntad retiene al filius, y no sólo mediante la vindicatio y la actio furti, sino también por medio de los interdictos de liberis exhibendis y liberis dicendis. Desde los tiempos de Antonino Pío, se otorgó una excepción a favor de la madre, para que, mediando una justa causa, pudiera retener al hijo. Una excepción análoga se dio en beneficio del marido contra el paterfamilias que conservase la patria potestas sobre la hija casada.



## Modos de entrar en la familia

Se entra a formar parte de la familia por nacimiento y por acto jurídico. Lo último, en las formas de la adopción y de la *conventio in manum*.

I. Nacimiento. El nacimiento es el modo normal de entrar en la familia. Se hace miembro familiar el procreado en *iustae nuptiae* por individuo varón de la familia, sea *pater* o *filius*.

Del hijo concebido en *iustae nuptiae* dicese que es *iustus*. Se tiene por *iustus* al hijo nacido después de los 182 días de la celebración del matrimonio y antes de los 300 de su disolución. Es posible, sin embargo, que el marido reconozca como hijo al nacido antes de los 182 días, y que tal no haga respecto del nacido después, alegando ausencia, enfermedad u otra causa. En ningún caso se considera *iustus* al nacido después de los 300 días de la disolución del matrimonio,.

II. Adopción. Es el acto jurídico por virtud del cual un extraño ingresa como *filius* en una familia. Según que el adoptado sea un *alieni iuris* o *sui iuris*, se distingue en adopción y *adrogatio*.

La adopción es un acto jurídico creado por vía de interpretación. Apoyándose en un texto de las doce tablas que proclama la libertad del *filius* vendido por tres veces. El *pater*, puesto de acuerdo con un tercero, le vende el *filius* por tres veces consecutivas, con el *pactum fiduciae* de manumitirlo. Como consecuencia de las dos manumisiones que siguen a las dos primera ventas, el *pater* recobra la potestas sobre el *filius*. A la tercer venta no subsigue una manumisión, sino una *remancipatio* al *pater*, contre el cual formula luego el adoptante una imaginaria reivindicación del *filius* como propio.

Justiniano distingue dos clases de adopción: la adopción plena y la menos plena. La primera es la hecha por un ascendiente del adoptado, y produce los mismos efectos que la clásica, en términos que el *filius* se desliga totalmente de su familia originaria, para hacerse miembro de la nueva familia; la segunda deja al adoptado bajo la potestad de su padre natural, y sólo le otorga un derecho de sucesión legítima sobre los bienes del adoptante.

Por su parte la *adrogatio* implica la absorción de una familia por otra. El *adrogatus*, sujeto *sui iuris*, sufre una *capitis deminutio*, que le convierte en *alieni iuris*. El *arrogatus* así como los individuos sometidos a su potestad, entran bajo el poder paterno del *arrogante*, que adquiere también su entero patrimonio.

III *Conventio in manum*. Es el acto por el cual ingresa la mujer en la familia del marido, rompiendo todo lazo con su familia originaria. La entrada en la nueva familia puede situarla *filiae loco* o *neptis loco*, según que el nuevo *paterfamilias* sea, respectivamente, el marido de ella o el *pater* del propio marido, por encontrarse éste *in patris potestate*.

La *conventio in manum* puede tener lugar de tres modos: *farreo*, *coemptio* y *usu*.

*Confarreatio* es una ceremonia religiosa, celebrada ante diez testigos y el sacerdote de Júpiter o el Pontífice máximo, con pronunciamiento de palabras solemnes. El rito se sustancia y de aquí le viene el nombre al acto, en la ofrenda de un pan de trigo –*panis farreus*–.

La *coemptio* consiste en una compra fingida de la mujer, en la forma de la *mancipatio*.

El *usus*, es la forma de adquisición de la *manus* sobre la mujer, cuando ejerce de hecho esta potestad, es decir que la adquiere mediante *usucapio* o adquisición por posesión.

### **Agnación, cognación y afinidad**

Agnación es el vínculo jurídico que une a los parientes por línea masculina, es decir, a todas las personas que se encuentran bajo la potestad de un mismo *paterfamilias*, o que se encontrarían, si éste no hubiese fallecido. Cognación es el vínculo de sangre que une a las personas descendientes de un tronco común, y tanto puede darse en la línea masculina como en la femenina.

La familia está compuesta de ascendientes y descendientes y de colaterales. Los primeros forman la línea recta, es decir, la de personas que descienden unas de otras –padres, hijos, nietos, etc.–. La línea colateral es la que une entre sí a los descendientes de otro pariente común –hermanos, primos, etc.–. En ambas líneas el grado de parentesco se determina haciendo el cómputo de las generaciones: *tot gradus quod generationes* (tantos grados como generaciones).

Distinto del parentesco es la afinidad o relación que media entre un cónyuge y los *cognati* del otro cónyuge.

## Matrimonio

Es la unión de un hombre y una mujer, con la intención de ser marido y mujer. El matrimonio como lo entienden los romanos es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y el *affectio maritalis*. No es necesario, por lo demás, una convivencia afectiva: el matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa, y siempre y cuando uno y otro se guarden la consideración y respeto debidos –*honor matrimonii*-. Otra prueba de que el matrimonio no se interpreta en sentido material, sino ético, nos la da el hecho de que el matrimonio puede contraerse en ausencia del marido, entrando la mujer en la casa de éste y dando así comienzo a la vida en común. No hay matrimonio, en modo alguno, si la ausente es la mujer.

Cuando falta la intención de ser marido y mujer –*affectio maritalis*-, cesa el matrimonio. No siendo el matrimonio un acto jurídico, tampoco el divorcio puede configurarse como tal.

## Tutela y curatela

Tutela y curatela son dos poderes sobre las personas que, aun siendo *sui iuris*, no tienen la capacidad de entender y de querer que es necesaria para administrar convenientemente el patrimonio propio. La falta de tal capacidad puede ser total o parcial, y fundada en razones de edad, sexo, de enfermedad mental o de tendencia a la dilapidación.

La tutela es definida por Servio como fuerza y potestad sobre persona libre, otorgada por el derecho civil para proteger a quien, en razón de su edad o sexo no puede defenderse por sí mismo.

La curatela tiene por objeto exclusivo la gestión o administración del patrimonio del incapaz. Diferénciase así de la tutela, cuya nota esencial y característica es la asistencia y cooperación del tutor a los actos jurídicos que celebre el pupilo: el tutor se da para la persona, el curador para una cosa o causa.

La tutela puede establecerse sobre los impúberes, las mujeres. La primera puede fundarse en la disposición testamentaria, en la determinación de la ley o en el nombramiento del magistrado. En cuanto a la segunda, en la época clásica están sometidas a la tutela *impuberum*, si son impúberes, o a la especial y perpetua tutela *mulierum*, si han alcanzado la pubertad.

La curatela. Las más antiguas formas de curatela conocidas son la cura furiosi y la cura prodigi.

Las XII Tablas encomiendan la curatela del furiosus, siempre que carezca de paterfamilias y de tutor, a los agnados y a los gentiles. A falta de curador legal, o en el caso de que éste sea inepto, se provee, en la época clásica, al nombramiento por el magistrado. La curatela testamentaria no existe, pero si a un loco le da su padre curador en el testamento, el Pretor puede confirmarlo. En el Derecho justiniano sólo subsisten la curatela testamentaria y la dativa.

El curador cuida de la persona del furiosus , a la vez que administra su patrimonio. Su función a este respecto es la de un gestor, y no ya la de interponer aquella auctoritas que es característica de la tutela.

## §2 DERECHO DE SUCESIONES Y DONACIONES

Concíbase como se quiera la familia romana, resulta cierta la tendencia a evitar su desaparición o quiebra. La familia, una, se hace continua por la herencia. La herencia significa la continuidad de la unidad que es la familia, con todo el mundo de significaciones que ésta abriga, y no sólo, por tanto, lo que dice a lo patrimonial.

Todo el mundo de creencias afincadas en la hora primera, eminentemente religiosa, insta a la marcha continua, hacia delante, sin fractura o quiebra, de la familia, y por el vehículo de la hereditas y por el del consortium inter fratres y por el propio del fideicommissum familiae relictum.

Piénsese en la familia a la manera que aquí ha sido entendida, o piénsese sólo en el patrimonio, cual hacen los más de los estudiosos, no cabe duda de que la historia habla a favor de un mantenimiento, sea de la primera, sea del segundo, sea de ambas cosas. Como para otorgar disposiciones testamentarias en la razón y medida que estime convenientes.

Si se prescinde del instituto de la "legítima", afirmada en época adelantada, bien cabe decir que la sucesión testamentaria prevalece sobre la intestada a lo largo de toda la historia del Derecho romano. El favor testamenti logra la mejor acogida en la disciplina jurídica y en la doctrina, y sea por guardar consideración a la voluntad del testador –titular de derechos o poderes concebidos en línea de máxima libertad–, sea por razones que encuentran su asiento en la peculiar naturaleza del viejo organismo familiar.

### **Evolución histórica de la "hereditas"**

La familia primitiva –precívica– es un organismo político. La disciplina más rigurosa, el mantenimiento del orden en el interior y la capacidad para la defensa en el exterior, son fines políticos supremos de las agrupaciones familiares, a los que no se anteponen los de otra suerte, tales como los económicos.

La familia a la que convienen tales caracteres no es sino el grupo agnaticio, que coincide, probablemente, con la gens. Abrigando en su seno a todos los agnados, es de creer que la familia *communi iure*, como luego sería llamada, mantuviese firme su unidad política a la muerte del jefe, bajo la potestad de otro jefe designado por el predecesor. Mas, surgido el Estado, se arroga éste las fundamentales tareas de la acción política, y aquellas vastas y potentes



comunidades familiares o gentilicias pierden su razón de ser. La muerte del jefe, da lugar entonces a la escisión de la familia en tantos grupos menores cuantos son los *filiusfamilias* inmediatamente sujetos a su potestad, salvo la facultad que tienen éstos de mantener indiviso el patrimonio familiar. Ya sí, de la gradual degradación de la familia *communi iure* –que permanece en edad posterior, pero sólo como sobrevivencia histórica del tipo de familia más antiguo-, trae su forma y vigor la familia *proprio iure dicta*, de tipo más reciente.

Considerando la naturaleza política de la primitiva familia romana y teniendo en cuenta que ésta no se dividía en otros grupos o familias, sino que el elemento personal y patrimonial se mantenía unido, se sienta la tesis de que el heredero era el sucesor en la potestad soberana sobre el grupo familiar o gentilicio, sobre la gran familia agnaticia.

Con el testamento, es decir, con la designación del nuevo jefe –del que asumirá la jefatura tras la muerte del *paterfamilias*-, se evita la disgregación de la familia. De aquí su importancia social, que la fuerza del conservadurismo romano –de la tradición hecha vida- mantendrá firme en la plenitud de la historia.

Por el testamento el *paterfamilias* designa entre los *sui* al más digno para continuar la jefatura política de la familia. En cualquier caso, se nombra a un *suus* y sólo a un *suus*, no es de por sí un testamento, sino el presupuesto del testamento.

En el *ius civile* la sucesión regular y prevalente es la testamentaria, como resulta de la misma calificación negativa dada a la sucesión intestada. En las XII Tablas se dice: “Si muere intestado el que carece de heredero familiar, tenga la herencia el próximo agnado. Si no hay agnado, tengan la herencia los gentiles).

Si no hay testamento o herederos *sui*, se confiere a los *adgnati*, o, a falta de éstos, a los gentiles, el *ius familiae habendae*.

En la época postclásica son modificados el viejo Derecho civil y el Derecho pretorio, hasta llegar a una fusión y confusión de ambos sistemas. Con las Novelas 118 y 127 se instaura un nuevo orden sucesorio, donde triunfa rotundamente el principio de la cognación. El derecho de los legitimarios se coloca en primer plano, por fuerza de razones morales, cediendo hasta el máximo la posición preeminente que a lo largo de tantos siglos venía ocupando el testamento.

## Concepción dogmática de la herencia

El verbo latino *succedere*, sinónimo de *subire*, no significa simplemente “seguir”, sino seguir o continuar en una situación, donde dice más la carga asumida por el sucesor que el posible beneficio obtenido. *Succedere* no es término expresivo de una derivación o dependencia: el sucesor entra –*succedit*– en una posición, lisa y llanamente.

Si trasladamos el significado gramatical al campo jurídico, vendremos a la consecuencia de que *succedere* no indica el traspaso de un derecho, sino la entrada en una relación. Tanto en el Derecho público –háblese de los cargos magistraturales–, como en el derecho privado de la herencia, *successio* no significa otra cosa que reemplazo en la posición jurídica. El sucesor sigue al antecesor, como una onda sigue a otra onda, si nos valemos de la imagen horaciana.

En el Derecho romano antiguo y clásico no se concibe otra forma de *successio*, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, que la sucesión universal. La sucesión universal *inter vivos* tiene lugar en casos típicos y determinados: *conventio in manum*; *adrogatio*; recaída en esclavitud del liberto *propter ingratitudinem*; reducción a esclavitud del hombre libre que se hace vender como esclavo para participar en el precio; reducción a esclavitud de la mujer libre que convive con esclavo ajeno. La sucesión universal *mortis causa* se realiza por la herencia.

Las características fundamentales de ambas formas de sucesión universal pueden resumirse en los siguientes términos:

1. El sucesor se coloca en la misma posición jurídica del antecesor.
2. el sucesor adquiere un patrimonio en bloque y de modo mediato, esto es, por consecuencia de la adquisición de una potestad –*manus*, *patria potestas*, *dominica potestas*– o de un título –el título de *heres*–.
3. Del antecesor pasan al sucesor toda suerte de derechos, incluso los que de otro modo serían intransmisibles.

La sucesión particular no existe, ni *inter vivos*, ni *mortis causa*. Cuando se transmite una cosa singular, en una u otra forma, no cabe hablar más que de adquisición. El adquirente no es sucesor, sino adquirente directo.

En los antiguos tiempos romanos *hereditas* y *familia* se muestran en íntima relación. El heredero no es más que un sucesor en el *ius*, en la posición jurídica unitaria que asumirá el antecesor respecto de la familia. Tal posición jurídica se cifra en una potestad, indistintamente ejercida sobre personas y cosas, colectivamente vinculada a relaciones patrimoniales y extrapatrimoniales.

El patrimonio, que sólo se adquiere mediatamente, como consecuencia de la *successio*, no es allí lo relevante. En efecto, puede existir un heredero, puede darse una situación sucesoria, en el sentido dicho, cuando el antecesor carece de activo patrimonial, o sólo tiene pasivo, o, en fin, ha donado a un tercero el entero patrimonio.

Frente a la única forma de sucesión que concibieron los clásicos, frente a la sucesión universal –*successio*, simplemente–, que implica un reemplazo en la posición jurídica del antecesor y la consiguiente adquisición del patrimonio en bloque, surge en época posclásica, la adquisición de derechos singulares o sucesión a título particular. A tal forma de adquisición –y no de sucesión, en el castizo sentido romano– fue contrapuesta por los justinianeos la *successio*, bajo la calificación de *successio in universum ius*. La heredita, en cuanto *universitas*, se identifica con el *patrimonium*, y se concibe la responsabilidad por las deudas como una consecuencia de la adquisición de éste.

### **Bonorum possessio**

Junto a la herencia civil –hereditas– existe la herencia pretoria, la *bonorum possessio*. Consiste ésta en la posesión de las cosas hereditarias, conferida por el Pretor a determinadas personas, y con fines que ora responden a los viejos principios de la familia agnaticia, ora a los nuevos del parentesco cognaticio y del vínculo matrimonial. Merced a la actividad pretoria, desenvuelta aquí con gran amplitud, el sistema sucesorio del *ius civile* viene confirmado, integrado o suplido en sus deficiencias y corregido.

La *bonorum possessio* puede ser conferida de conformidad con el testamento –*bonorum possessio secundum tabulas*–, o en ausencia de éste –*bonorum possessio sine tabulis* o *ab intestato*–, o contra lo dispuesto en el testamento –*bonorum possessio contra tabulas*–.

### **Delación de la herencia**

Delación es el llamamiento hecho a una o varias personas para adquirir una determinada herencia. La herencia es “deferida” u ofrecida.

La herencia se defiende por testamento y por ley. La delación es testamentaria cuando la designación de la persona llamada a heredar se hace por voluntad del causante, expresada en testamento; es intestada cuando la vocación hereditaria viene determinada por una disposición del Derecho objetivo, y para el caso de que falte el testamento o de que, existiendo éste efectivamente, sea inválido.

Con referencia a una y otra, respectivamente, se habla hoy día de sucesión testamentaria y de sucesión legítima, pero tal lenguaje no va de acuerdo con la terminología romana. Para los romanos tanto es legítima la herencia intestada cuanto la testamentaria, ya que ambas tienen su disciplina y reconocimiento en el *ius civile*. Legítima hereditas es la herencia civil, en contraposición a la *bonorum possessio* o sucesión pretoria.

La delación testamentaria prevalece sobre la intestada. Según un antiguo principio romano, la sucesión testamentaria y la sucesión intestada son absolutamente incompatibles. Tal principio tiene su desarrollo práctico en las siguientes normas:

1. En tanto haya testamento, no procede una delación ab intestato. Mientras pueda ser adida la herencia testamentaria no se defiere abintestato.
2. Si con anterioridad a la transmisión faltare uno de los herederos, y no se hubiese proveído a nombrarle sustituto, se actúa una acreción a favor de los demás coherederos testamentarios.
3. Cuando el heredero es instituido en una parte del patrimonio –pro parte-, lo restante del total acrece a aquélla.

Presupuesto necesario de todo llamamiento es la muerte de una persona: no hay herencia en vida. Es preciso, además, que el causante o de cuius goce de capacidad jurídica –esto es que sea ciudadano y *sui iuris* en el momento de la muerte-. Cabalmente, no pueden tener herederos los extranjeros –*peregrini*-, los esclavos, los condenados a pena perpetua o capital y los *filiifamilias*. Sin embargo la incapacidad de estos últimos es superada en el transcurso de los tiempos con el reconocimiento de los *peculios*.

El llamamiento del heredero a la herencia se verifica a la muerte del causante. Tal es la regla normal.

### **Acrecimiento**

Se dice que hay acrecimiento cuando, correspondiendo a varias personas una misma cosa, el derecho íntegro de cada uno sufre la limitación resultante del concurso de las demás. El acrecimiento no es una figura particular, sino una institución general, apreciable en la herencia –testamentaria o intestada-, en el legado, en el condominio y en la colegialidad magistratural de los tiempos de la república.



El acrecimiento tiene lugar, por lo que ahora nos interesa, en la sucesión testamentaria y en la intestada.

I. El acrecimiento en la sucesión testamentaria. Procede en dos supuestos:

1. Cuando el testador dispone únicamente de una parte de la herencia. En tal caso, el heredero pro parte adquiere el todo.

Quando el testador dispone únicamente de una parte de la herencia. En tal caso, el heredero pro parte adquiere el todo.

Se explica tal solución por la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (nadie puede morir en parte testado, en parte intestado). Siendo incompatibles la sucesión testamentaria y la intestada, mientras haya una persona que ostente el título de heredero no cabe un llamamiento de los herederos ab intestato respecto de la porción a la que no alcanzó la disposición del testador. La adquisición del patrimonio, no lo tiene más que la persona a la que, según nuestro supuesto, sólo se le asignó una parte.

2. Cuando el testador llama a todos los instituidos al todo. Si todos son llamados al todo, a cada uno corresponde un derecho íntegro, y ocurrirá que, no concurriendo algunos de ellos –por preterencia, renuncia o incapacidad– a la adquisición, el poder de los concurrentes se expande automáticamente al *solidum*. Antes de concurrir a la adquisición, cada uno tiene un derecho potencialmente absoluto; después, cada uno tiene derecho a la cuota que resulta del propio concurso: a menor número de herederos, mayor es la cuota de participación de cada uno.

Todos los llamados se consideran cual si fueran una sola persona, y el llamamiento mira virtualmente al todo; la división sólo tiene lugar por el hecho de que cada uno es llamado al mismo todo. De no adquirir uno de los llamados deriva el que los demás, legitimados por el llamamiento al mismo objeto, reciban algo más de lo que hubieran conseguido en el caso de concurrir todos a la adquisición.

El fundamento cierto del acrecimiento no es otro que el llamamiento solidario. Así nos lo dice Celso: “ser instituidos herederos conjuntamente u ordenar legados conjuntamente consiste en dar a cada cual la entera herencia o los enteros legados, pero se hacen partes por el concurso”.

La *coniunctio* sirve para determinar cuándo procede el acrecimiento. Bajo este aspecto, se entiende siempre que no se da a favor de todos los herederos, sino



tan sólo a favor de los llamados conjuntamente con la persona que no concurre a la adquisición.

Según Paulo, la *coniunctio* puede ser de tres clases, pues puede verificarse, en la cosa por sí misma, en la cosa y por las palabras, o tan sólo por las palabras.

- a. *Coniunctio re tantum*. Tiene lugar cuando varias personas son instituidas en la misma *re* porción (Ticio sea heredero en una mitad; Seyo sea heredero en la parte que instituí a Ticio; Sempronio sea heredero en una mitad).
- b. *Coniunctio re et Verbi*. El testador instituye a varias personas en la misma porción –*re*– y en la misma proporción –*verbis*–: Ticio y Mevio sean herederos en una mitad).
- c. *Coniunctio Verbis Tantum*. Se verifica llamando a varias personas en la misma proposición, pero no en la misma porción: Ticio sea heredero, Gayo y Mevio sean herederos por partes iguales).

### **El acrecimiento en la sucesión intestada**

En la sucesión intestada el acrecimiento tiene lugar en todo momento, esto es, siempre que varias personas son llamadas a la misma herencia. El acrecimiento importa una expansión sobre el objeto, en virtud de una posición que hace partícipe, por fuerza de un título personal –el título de *heres*–, en una comunión que se proyecta virtualmente sobre la cosa entera. Lo mismo que en la sucesión testamentaria, el acrecimiento se perfila aquí desde el punto de vista del llamamiento de todos al todo –llamamiento solidario, *in solidum*–.

Régimen del acrecimiento. Tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión intestada, el llamamiento universal de cada uno está limitado por el llamamiento universal de los demás. Si los llamados son Ticio y Mevio, la premorencia, la incapacidad o la renuncia de Ticio determina que Mevio haga suya la totalidad de la herencia. No se da ya el impedimento para que el derecho íntegro de Mevio logre su plena extensión. No se da ya la restricción material, numérica, porque ha desaparecido la razón que la hubiera determinado.

De lo dicho resulta que el acrecimiento no importa un derecho de acrecimiento, sino un “derecho de no decrecimiento”, con lo que se entiende que cuando se adquiere tiene lugar por el título ya existente y no por un título nuevo.

El acrecimiento es forzoso. Se verifica *ipso iure*. El coheredero aceptante no puede renunciar a lo que es extensión del único llamamiento, y no ya una

delación nueva; le alcanza aun sin su conocimiento, y sin que sea menester que sobreviva al momento de producirse. El acrecimiento se verifica, por tanto, a favor del heredero, siempre que el primero haya aceptado la herencia.

### Herencia yacente

Llámase herencia yacente al patrimonio de un difunto aún no aceptado por la persona llamada a entrar en él como heredero.

Según la concepción antigua, la condición de los bienes hereditarios durante el tiempo que va desde el llamamiento a la aceptación, no es otra que la de cosas privadas de sujeto –res nullius-. Semejante concepción, en extremo realista, no es superada totalmente por los juristas clásicos, a pesar de que en éstos se afirme la idea de una continuidad entre la posición del difunto y la del heredero.

Al decir de Gayo, el patrimonio hereditario carece de sujeto actual: mientras no hay heredero, las cosas hereditarias no pertenecen a nadie.

El Derecho clásico se atiene a la antigua concepción, que considera la herencia yacente como privada de sujeto. Sin embargo, juristas han de enfrentarse con ciertas dificultades que plantea la propia realidad, natural y jurídica. En efecto, el patrimonio hereditario, aunque carente pro tempore de sujeto, encierra derecho y obligaciones –piénsese, por ejemplo, en la llegada de términos y cumplimiento de condiciones, en beneficio o perjuicio de la herencia, o en la comisión de un delito por un esclavo hereditario-, y, además es susceptible de aumentos o disminuciones –v. Gr. Por accesiones, adquisiciones de frutos, negocios concluidos por los esclavos, gestiones realizadas por terceros en beneficio de la herencia-.

Tarea que se impone a los juristas es la de coordinar la realidad de la falta de sujeto y la realidad de las situaciones que acabamos de señalar. Para ello fueron ideados dos recursos: a) La herencia representa entretanto la persona del heredero. Los efectos de la aceptación se retrotraen al momento de la muerte del causante, y a tal momento se retrotraen también los derechos nacidos durante el tiempo en que la herencia iacet. b) Referir la herencia al difunto: la herencia hace las veces del difunto, o representa al difunto, u ocupa el lugar del difunto. La vida del causante se considera prolongada hasta el momento de la aceptación de la herencia por el llamado.

## Usucapio pro herede

Como medio eficaz para inducir al heredero “voluntario” a aceptar la herencia, y con la doble mira de que no queden incumplidas las obligaciones de la religión doméstica y haya alguien que pague a los acreedores del difunto, nos presenta Gayo, la Usucapio pro herede.

En el Derecho romano antiguo rige la norma de que la posesión –usus– de los bienes hereditarios durante un año, por parte de cualquier persona, aun careciendo de todo derecho para inmiscuirse en la herencia, atribuye al poseedor la condición de heredero por usucapión. Hacia fines de la República la usucapio pro herede deja de ser usucapión de las singulares cosas comprendidas en la misma, incluso si son inmuebles. Aun concebida en estos términos, no pierde su carácter de lucrativa, a más de improba, y con tales términos la califica Gayo. Contra lo que tiene de desafuero se pronuncian disposiciones emanadas bajo Adriano y Marco Aurelio: el primero concede al heredero la revocación, siempre que las cosas hereditarias hayan sido usucapidas de mala fe; el segundo castiga con pena pública, como crimen *ex pilatae hereditatis*, el apoderamiento de cosas pertenecientes a una herencia yacente.

## Adquisición de la herencia

La adquisición de la herencia se verifica *ipso iure*, es decir, de modo inmediato, según determinación del Derecho objetivo, o por acto jurídico. Uno y otro régimen se aplican, respectivamente, a los herederos *necessarii* y a los herederos *extranei* o *voluntarii*.

Los herederos *necessarii* pueden ser *sui et necessarii* o simplemente *necessarii*. Herederos *sui et necessarii* son los *fili* in potestate del difunto en el momento de ocurrir su muerte, así como aquellos que *fili*orum loco sunt –los hijos naturales y adoptivos, la *uxor* o la *nurus* in manu. Herederos meramente *necessarii* son los esclavos instituidos y libertados en el testamento o sólo instituidos. Tanto unos como otros, y ya se trate de sucesión testamentaria o de sucesión intestada, adquieren la herencia *ipso iure*, sin su voluntad y aun contra ella. Cabe, sin embargo, que el testador haga depender la adquisición de la herencia de un acto de voluntad del *suus*, valiéndose a tal efecto de una institución condicional: “*mev*io, si quieres, serán herederos”.

Los herederos “necesarios” –los *sui et necessarii* y los meramente *necessarii*–, adquiriendo la herencia aun contra su voluntad, esto es, sin posibilidad de repudiarla, han de afrontar las reclamaciones de los acreedores hereditarios. Si

la herencia está cargada de deudas –hereditas damnosa-, la responsabilidad les alcanza en la propia persona y en los propios bienes.

El pretor, obrando a instancia de la equidad, pone remedio a los efectos perjudiciales de semejante sucesión. A los *sui et necesarii* les es conferido el *ius abstinendi* o derecho de abstenerse de todo acto que patentice su voluntad de conservar la herencia. De este modo se evita que los bienes hereditarios sean vendidos a su nombre, con la grave consecuencia de la infamia. Ciertamente, la venta –si procede- se verifica a nombre del padre.

### Requisitos y tiempo de la adquisición

La eficacia de la aceptación depende de que se den ciertos requisitos. Tales son los siguientes:

1. delación de la herencia. Sólo puede aceptarse una herencia cuando ha sido deferida. Además, el que quiere aceptar debe estar cierto de que murió el testador, y saber por qué causa le pertenece la herencia.
2. Capacidad del aceptante. Dado que el acto de aceptación importa una manifestación de voluntad, no pueden llevarlo a cabo los furiosi y los infantes, si bien una disposición de Teodosio II y Valentiniano III admite que el padre y el tutor puedan aceptar en nombre de los últimos. Las personas infania mayores han de aceptar con la *auctoritas tutoris*. El menor, según el Derecho justiniano, necesita el consentimiento del *curator*.
3. Aceptación plena. No se admite la aceptación parcial : el que puede adquirir la entera herencia, no puede, dividiéndola, adquirirla en parte.
4. Aceptación pura. El llamado a heredar no puede sujetar la aceptación a un término o a una condición, poruq ello es contratrio a la propia esencia de la sucesión hereditaria, que importa la adquisición inmediata y definitiva.
5. Aceptación personal. La adición de la herencia ha de hacerse personalmente, esto es, por el propio llamado a heredar, y no por un representante suyo. En el Derecho postclásico y justiniano se dan, sin embargo, algunas excepciones, tales como las establecidas por Teodosio II, a que antes nos hemos referido, y por virtud de las cuales el padre y el tutor del infante pueden verificar la adición *eius nomine*. Admitidas a heredar determinadas personas jurídicas, la aceptación puede ser realizada por sus representantes.

El *ius civile* no señala ningún término dentro del cual deba aceptarse la hereditas. Un término puede ser establecido por el testador, con la imposición

de la *cretio perfecta*; pero si tal no ocurre, el heredero es libre de aceptar en cualquier momento.

El Pretor pone remedio a la situación de incertidumbre que nace del retraso en la aceptación: los acreedores de la herencia pueden convenir ante el magistrado al llamado a heredar, para obtener una declaración sobre si entra en su voluntad al ser heredero, valiendo la respuesta afirmativa como declaración de adquisición; pero el llamado que se fija normalmente en cien días, y a cuyo transcurso, si no media respuesta, se declara la herencia sujeta a concurso. En el Derecho justiniano el término máximo es de nueve meses o un año, según lo conceda, respectivamente el juez o el emperador, pero la falta de respuesta dentro del mismo no se interpreta ya como renuncia, sino como aceptación.

En cuanto a la *bonorum possessio*, debe instarse dentro de un año útil entre ascendientes y descendientes, y de cien días en los demás casos.

### **Renuncia a la herencia**

La renuncia a la herencia deferida recibe el nombre de *repudiatio*. La renuncia sólo es posible al heredero "extraño" o "voluntario", ya que sólo a él le es ofrecida, por la delación, la posibilidad de adquirir. No está sujeta a la observancia de una determinada forma, y se rige, en orden a su validez, por los mismos principios de la aceptación. Al igual que ésta es irrevocable, pero los menores pueden pedir la *restitutio in integrum*. Si media dolo, el renunciante dispone de la *actio doli*, y si violencia, de acciones útiles o de la *actio metus*, según prefiera.

### **Comunidad hereditaria**

Generalidades: cuando varias personas son llamadas a heredar conjuntamente, surge entre ellas un estado de comunidad, donde la participación de cada una viene determinada por la respectiva cuota hereditaria. La comunidad de herederos por partes alicuotas se rige, en general, por las normas del condominio.

Tal comunidad no se extiende a los créditos y deudas, que se dividen *ipso iure*, según precepto de las XII Tablas, entre los varios herederos. La comunidad se establece con referencia a la propiedad y demás derechos reales, y puede cesar en todo momento, mediante el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, que compete a todo heredero. Esta *actio*, introducida por la ley *decenviral*, según refiere la tradición, no tiene por finalidad única la división de las cosas



hereditarias, sino que sirve también para regular toda clase de relaciones de crédito surgidas durante el estado de comunidad.

### **Deber de colación**

La colación tiene su origen en el llamamiento pretorio del hijo emancipado a la *bonorum possessio ab intestato contra tabulas*. Llamados los emancipati en concurrencia con los sui, se da la injusticia de que estos últimos se exponen a perder una parte del fruto de sus actividades y fatigas. En efecto, mientras los emancipati, convertidos en patresfamilias por el acto de la emancipación, pueden constituirse un patrimonio propio, lo adquirido por los sui revierte al capital paterno, y de esta suerte engrosará luego la herencia futura.

Dicha injusticia es corregida por el Pretor, imponiendo a los emancipados, la *collatio bonorum*, es decir, la obligación de dividir con los sui todo lo adquirido desde el día de la emancipación hasta el de la muerte del pater, y que, de no haber sido liberados de la patria potestas, hubiera correspondido a éste. La *collatio* descansa en una  *fictio suitatis* –en la ficción de que el emancipado es *suus heres*–, pero ni esto, ni el hecho de que en el Digesto se hable como una *versio* de los bienes en el patrimonio hereditario, con la consecuencia de seguir, a la hora de la división, las suertes de éste. Ciertamente, el Edicto pretorio habla de colacionar aquellos que hubiesen estado bajo la potestad paterna, y la división se hace entre el emancipado que colaciona y los sui, con exclusión de cualquier otro emancipado. Con la *collatio emancipati* se salva el desigual tratamiento dado a los hijos en lo que toca a la capacidad adquisitiva –negada a los sui y otorgada a los emancipados–.

La *collatio* del Derecho pretorio alcanza a toda clase de adquisiciones, es decir, tanto a las procedentes del pater cuanto a las que provienen de terceros. Se excluyen, sin embargo, las que no hubieran engrosado el patrimonio paterno.

A tenor del Edicto, la colación se verifica mediante promesa estipulatoria –*cautio*– que hace el emancipado a los sui de aprotar sus bienes. La colación se sustancia, jurídicamente, en esta promesa previa. No obstante, se llega a admitir por la jurisprudencia, como no podía ser por menos, que la colación efectiva produce el mismo efecto que la promesa antecedente. La colación se hace *cautione*, pero puede hacerse también *re*, y en una u otra forma es presupuesto necesario de la *datio bonorum possessionis* por parte del Pretor.

## Sucesión testamentaria

La sucesión testamentaria excluye la sucesión ab intestato. El testamento tuvo en Roma como en todas partes, un desarrollo lento y gradual. En la antigua república fue por motivos de índole familiar y económico la regla general, que relegó a plano muy secundario la sucesión intestada. Solamente en el período postclásico, con la crisis económica, pierde importancia el testamento.

Según Modestino, el testamento es: "La justa declaración de nuestra voluntad, hecha solemnemente respecto de lo que cada cual quiere que se haga tras su muerte". Precisando, el testamento es un acto solemne y de última voluntad, por el que se nombra heredero y se pueden hacer otras disposiciones de carácter patrimonial o personal —donaciones o dádivas a favor de diversas personas (legados), nombramiento de tutores, manumisión de esclavos, etc.—. La eficacia de tales disposiciones depende —en el Derecho clásico, cuando menos— de que exista y sea válida la designación o institución de heredero. La invalidez de cualquier disposición o de todas las disposiciones no acarrea, en cambio, la nulidad de la institución de heredero.

El testamento es una acto al que acompañan ciertas representaciones fundamentales, indicadoras todas de una unión familiar muy pronunciada. Su finalidad primaria y esencial no es otra que la de asegurar, mediante la designación de un nuevo jefe familiar, la agrupación de lo personal y lo patrimonial en el regazo de una unidad hecha continua.

El testamento es un acto de Derecho Civil, y, por consiguiente, privativo de los ciudadanos romanos. Tal regla es atenuada, sin embargo, merced al fideicomiso, abierto a todas las gentes, y llega a desaparecer con la concesión de la ciudadanía a todos los habitantes del imperio —212 a.C.—.

El testamento descansa absolutamente en la voluntad del testador, y en razón de ello lo calificamos como acto unilateral. No se exige aquí, en modo alguno, ese concurso de voluntades que se da forzosamente en materia de pacto.

La voluntad del testador no puede manifestarse en cualquier forma, sino únicamente en aquella que preceptúa la norma jurídica. La forma puede estar sujeta a mayor o menor solemnidad, según las varias épocas, pero nunca se admite esa libre manifestación de voluntad —oral, mediante gestos, tácitamente, etc.— que se reconoce para otros institutos. De otra parte, la voluntad sólo puede ser manifestada por el propio testador, y no ya a través de un representante, legal o convencional.

El testamento es un acto de última voluntad, puesto que el testador puede revocarlo mientras viva. El testador tiene plena libertad para modificar o destruir el precedente testamento, sustituyéndolo por otro nuevo: la voluntad del testador es variable hasta el último momento de su vida. El último testamento –aquél después del cual no hay otro– es el que tiene validez.

### Formas de testamento

Formas antiguas. En un principio, nos dice Gayo, hubo dos clases de testamento, el testamento *calatis comitiis* y el *testamentum in procinctu*. El primero se otorga ante los comicios curiados, convocados dos veces al año –el 24 de marzo y el 24 de mayo– con este fin, y presididos por el *pontifex maximus*.

No se sabe, en efecto, si el *populus* actúa como simple testigo o si interviene en términos de aprobar o desaprobar la última voluntad del testador. Pero ha de advertirse, sin embargo, que no cabe hablar con referencia a los primeros tiempos, de poder legislativo o de leyes propiamente dichas, y que, en todo caso, resulta extraño pensar en una *lex* ‘pública’ propuesta por un particular.

Se añadió después una tercera clase de testamento, que se hace por el cobre y la balanza. El que no había otorgado testamento, si se encontraba en peligro de muerte, mancipaba su patrimonio a un amigo, rogándole que dispusiera del mismo en consonancia con las instrucciones que le señalaba. El amigo, que recibía el patrimonio por el acto mancipatorio, se convertía formalmente en *dominus*, aun cuando la fe depositada en él le obligara a cumplir la voluntad del mancipante. No era heres, pero se le consideraba como heredero.

### Formas de testar en el Derecho nuevo

En la época posclásica el testamento puede ser escrito –*per scripturam* y oral –*per nuncupationem*–.

Teodosio II y Valentiniano II disponen que el testamento escrito ha de otorgarse ante siete testigos. Extendido por el testador, de su propio puño, o por un escribano en su nombre, ha de presentarlo, abierto o cerrado, a los siete testigos, que deben ser ciudadanos romanos púberos, y simultáneos y rogados, esto es, llamados expresamente. El testador declara ante ellos que el documento contiene su voluntad, y en presencia de los mismos los firma, y firmándolo y sellándolo los testigos en un mismo día y tiempo, adquiere fuerza, importando poco que los llamados a testificar ignoren lo dispuesto por el otorgante. En el caso de que el testador no sepa de letras o no pueda firmar, se

exige la intervención de un octavo adscriptor. Por disposición de los mismos emperadores se admite la posibilidad de testar en lengua griega.

Justiniano acoge las normas señaladas, si bien limita la exigencia –propia de la época clásica, como consustancial al acto emancipatorio –de la *unitas actus*–, esto es, del cumplimiento del acto sin ninguna interrupción. En efecto, no perjudica a la validez del testamento una breve interrupción, siempre que venga impuesta por evidente necesidad.

El testamento escrito es llamado por Justiniano *Tripertitum*, en consideración a su triple origen: la necesidad de los testigos y su presencia en un solo acto arranca del Derecho civil antiguo; las subscriptiones del testador y de los testigos, de las constituciones imperiales; los sellos y el número de testigos, del Edicto pretorio.

**Testamentos especiales o extraordinarios.** En el Derecho postclásico se dictan normas particulares en orden a los testamentos, y tanto para atenuar, cuanto para agravar las formas ordinarias.

Hay casos en que la atenuación o simplificación de las formas comunes responde al dictado de circunstancias extraordinarias: en tiempo de epidemia, y para evitar el contagio, no se exige que los testigos concurren simultáneamente al acto de testar, ni que se ponga en relación directa con el testador; en el campo, basta la presencia de cinco testigos, y si algunos no saben o no pueden escribir, cabe que firmen otros por ellos.

Razones de favor o de privilegio determinan también la simplificación de las formas testamentarias, cuando no se llega a prescindir de ellas, como ocurre en el caso del testamento otorgado a favor de la Iglesia o de obras pías.

En vista de las condiciones personales de quien testa, se exigen, a veces, mayores garantías que las disciplinadas para las formas ordinarias. Así, el ciego sólo puede otorgar testamento, según disposición de Justino, acogida por Justiniano, dictando su voluntad a un notario de la ciudad –*tabularius*–, o faltante éste, a un octavo testigo.

### **Capacidad de testar**

*Testamenti factio* es expresión genérica, con la que designan los romanos la capacidad del testador, sea respecto de sí mismo y en orden a otorgar testamento, sea con referencia al válido llamamiento de una persona concreta como heredero, legatario o tutor o como testigo.

El lenguaje abusivo o corrompido de la época postclásica refiere la expresión, no ya sólo al testador, como ocurría antes, sino también a las personas contempladas en el testamento. Basándose en esto los juristas del Derecho común llaman *testamenti factio activa* a la capacidad de testar, y *testamenti factio passiva* a la capacidad de recibir por testamento.

Solamente goza de testamento *factio activa* quien tiene plenamente la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. En consonancia con lo primero, el testador ha de ser libre, ciudadano romano y *paterfamilias*. Se hace excepción con el esclavo del Estado, que puede disponer por testamento de la mitad de su *peculio*, y con el *filiusfamilias*, que puede hacerlo también respecto de su *peculio castrense* y *cuasi castrense*.

Por faltarles la necesaria capacidad de obrar, no pueden otorgar testamento el *impuber sui iuris*; el loco, salvo en los momentos de lucidez, el *pródigo*, en cuanto no tiene el *commercium*, y, en el Derecho postclásico, el *apóstata*, el *maniqueo*, el *herético*.

El mudo y el sordo son incapaces, al principio, de otorgar testamento: el mudo, porque no podía pronunciar los *verba nuncupationis*; el sordo, porque no podía oírlos. Introducidas las formas escritas, el sordo y el mudo han de impetrar autorización del emperador para poder testar. En el Derecho justiniano la incapacidad de testar se limita a los sordomudos de nacimiento.

La *testamenti factio activa* debe existir desde el momento de otorgar testamento hasta aquel en que acaece la muerte. Si el testador tiene capacidad en el instante en que testa, pero sufre luego una *capitis deminutio*, el testamento se hace *irritum*, salvo que al prisionero de guerra se aplica la *fictio legis corneliae* y el *ius postliminii*. La adquisición de la *testamenti factio activa* en el momento posterior a aquel en que se otorgó testamento, no lo convalida, pero el Pretor confiere la *bonorum possessio secundum tabulas* cuanto el testador muere siendo ciudadano romano y *sui iuris*.

Capacidad de suceder por testamento. *Testamenti factio passiva* es la idoneidad para ser instituido heredero, para adquirir legados o para ser nombrado tutor. Con referencia a la primera manifestación, no pueden ser herederos testamentarios de un *civis* los extranjeros, salvo que el testador sea militar. Se hace excepción también con los esclavos, que son extranjeros políticamente, pero forman parte de una familia romana.

No pueden ser instituidas las personas inciertas, es decir, aquellas de las que el testador no tiene una imagen o idea precisa. Porque es incierto el designio del



testador, no vale, por ejemplo, la institución concebida en estos términos: sea heredero aquel que llegue el primero a mi funeral.

La *testamenti factio passiva* ha de existir en tres momentos, que son: el de la confección del testamento, el de la muerte del testador y el de la adquisición de la herencia.

Con la falta de *testamenti factio passiva* y con la incapacidad para adquirir no hay que confundir la indignidad para suceder –*indignitas*-. La indignidad no es incompatible con la delación de la herencia, ni con la adquisición de ésta, pero el Estado despoja de lo adquirido al indigno, esto es, al heredero o legatario que observa una conducta reprobable.

### Contenido del testamento

El testamento puede contener disposiciones de varia índole: constitución de heredero, legados, fideicomisos, dación de tutor, manumisiones. Destaca sobre todas la institución de heredero que es el alma de todo el testamento. La fuerza del testamento arranca, en efecto, de la designación de heredero, esto es, del sucesor universal del difunto. Para que haya testamento es menester que tal designación preceda a cualesquiera otras disposiciones y éstas carecen de eficacia cuando falta aquélla, o resulta nula, o no hay aceptación por parte del heredero instituido.

Sustituciones. Dícese *heres substitutus*, del instituido en segundo lugar, para el caso de que el primer instituido no llegue a ser heredero. El Derecho clásico conoce dos clases de sustitución: la sustitución vulgar –*substitutio vulgaris*– y la sustitución pupilar –*pupilaris substitutio*-. A ellas se añade en la época justiniana, la sustitución cuasi pupilar.

Sustitución vulgar. *Substitutio* no es más que una institución de heredero suspensivamente condicionada. El *substitutus* será *heres* en tanto en cuanto no llegue a serlo el instituido en primer término. No se trata, pues, de que una persona suceda “después de otra”, sino “en lugar de otra”.

El testador puede nombrar un solo sustituto para un solo instituido, o varios sustitutos para un solo instituido o un solo sustituto para varios instituido, o recíprocamente entre sí a los varios que han sido instituidos herederos.

Cuando el instituido en primer grado entra en la herencia, el sustituto queda excluido, si no entra en ella, el sustituto le sucede en su lugar, y así sucesivamente si hay sustitutos de varios grados.

La sustitución y la institución se excluyen recíprocamente. La entrada del sustituto presupone, como hemos dicho, la falta de adquisición por parte del instituido.

**Sustitución pupilar.** Consiste en el nombramiento de un heredero al propio hijo impúber, para el caso de que éste muera antes de alcanzar la pubertad, y consiguientemente, en un momento en que todavía no puede testar. De este modo, es decir, haciendo testamento el paterfamilias en lugar del filius, se evita la apertura de la sucesión ab intestato, a lo que se llegaría si muriera el último en un estado respecto del cual no es consentida la testamenti factio activa.

**Sustitución cuasi pupilar.** Los ascendientes paternos o maternos de un furiosus, de cualquier grado o cuota legítima, cuando menos, pueden nombrarle un heredero para el caso de que muera sin haber recobrado la razón. El nombramiento del sustituto del furiosus, de cualquier grado o sexo que éste sea, y aunque haya llegado a la pubertad, compete al ascendiente paterno o materno. De que lo haga este último, se desprende que no se requiere la patria potestas. E

El sustituto debe ser nombrado de entre los parientes del enfermo, o entre los propios descendientes, si faltaren los primeros. Cuando no existen ni unos ni otros, cabe la libre elección.

## **Revocación**

En cuanto que es acto de última voluntad, el testamento puede ser revocado. Según el ius civile, la revocación sólo procede mediante el otorgamiento de un nuevo testamento dotado de validez, sin que interese si hay o no heredero por razón de este último, sino tan sólo si pudo haberlo. En efecto, queda "roto" el primer testamento aunque el segundo no llegue a producir efecto alguno, verbigracia, porque la persona en éste instituida no acepta la herencia o muere antes de aceptarla. No cae el testamento por el hecho de que el testador rompa los sellos, cancele disposiciones e incluso lo destruya materialmente, si todavía resulta posible la prueba de su otorgamiento. La fuerza del testamento arranca, justamente, de la nuncupatio, del pronunciamiento oral hecho ante los testigos, y no ya de la escritura.

## **Apertura y publicación del testamento**

Se realizan con observancia de ciertas formalidades. De ordinario, el testamento se abre dentro de un plazo de tres a cinco días, a contar desde la

muerte del testador. Tienen facultad para intervenir en la operación, que se efectúa ante la autoridad pública, los próximos allegados del difunto, así como las personas a quienes el depositario del testamento indica como probables herederos. Están obligados a comparecer los testigos que lo suscribieron, o la mayoría de ellos, cuando menos; y si no es posible contar con su presencia, basta el concurso de personas honorables. Reconocidos por los testigos los sellos, se rompe el linum, se disocian las tabulae y se procede a la lectura pública de su contenido. Hecha copia del testamento y levantada acta de toda la ceremonia se procede a signarlo con el sello de la autoridad, para quedar depositado en archivum.

## Codicilos

Es un escrito ajeno a la observancia de cualquier formalidad. Extendido a manera de carta, contiene una o varias disposiciones de última voluntad, con excepción, entre otras, de la heredis institutio y de la deshereditatio.

## Sucesión intestada

La sucesión intestada –o legítima–, como también decimos hoy –tiene lugar cuando el difunto no otorgó testamento, o el otorgado no es válido, o ninguno de los instituidos llega a ser heredero. Es lo que expresan las Instituciones de Justiniano (Gayo 3, 1): “Muere intestado el que, o no hizo en absoluto testamento, o no lo hizo conforme al derecho, o habiéndolo hecho, llegó a ser roto o írrito, o no quedó ninguno de los en él instituidos.

De lo dicho que la sucesión ab intestato no se abre siempre a la muerte del causante, sino también en momento posterior, cuando se produce la ineficacia del testamento.

La sucesión intestada se regula por preceptos de las XII Tablas, por normas del Edicto pretorio y por leyes imperiales. A lo largo de un curso histórico que se inicia con la ley decenviral y se cierra con la Compilación justiniana, semejante sucesión sufre profundas transformaciones.

La sucesión intestada en el “Ius Civile”. Descansa la sucesión en el precepto de las XII Tablas: “Si muera intestado y no hay heredero, tenga la herencia el próximo agnado. Si no hay agnado, tengan la herencia los gentiles”.

La herencia viene deferida, en primer término, a los herederos sui: filii, filiae; descendientes no sometidos a otra potestas por la muerte o la emancipación de

los ascendientes intermedios; *uxor in manu*, que ocupa el lugar de hija –*loco filiae*–; *nurus in manu* o nuera del difunto, que sólo es heredera cuando el marido no esté bajo la potestad de éste, al ocurrir su muerte. También son herederos sui los póstumos, es decir, los concebidos al morir el causante y que de haber nacido en vida de éste, caerían bajo su potestad.

Todos los sui, cualquiera que sea su grado, y siempre que estén bajo la potestas del difunto, son llamados a heredar. La herencia se divide *in capita*, es, en iguales porciones, cada una de las cuales se llama cuota viril. Pero premuerto uno de los hijos, dejando descendientes bajo la potestad del abuelo, la división se hace *in stirpes*: los nietos reciben la cuota viril que hubiera correspondido, de no haber muerto, a su padre. Concurriendo, pues, un *filius* y dos o más nietos por parte de otro hijo ya muerto, aquél obtiene la mitad de la herencia, y éstos la otra mitad.

No existiendo herederos sui, se confiere al próximo agnado o a los próximos agnados de igual grado el *ius familiae habendae*, esto es, el derecho de entrar en los bienes del causante. Entre los *adgnati*, el próximo excluye al remoto; y si concurren varios de igual grado, la herencia se divide por cabezas –*in capita*–. Para ver quién es el más próximo, no se atiende al momento de la muerte, sino a aquel en que se sabe ciertamente que el difunto murió sin dejar testamento; en caso de morir testado, se prefiere ver quién es el más próximo en el momento de saberse ciertamente que no hay ningún heredero por el testamento otorgado. Si el agnado más próximo renuncia a la herencia o muere antes de haber aceptado, al grado subsiguiente no le compete derecho alguno. No existe, pues, una sucesión entre los varios grados.

Al principio, no se distinguía entre agnados varones y hembras, pero a finales de la época republicana la jurisprudencia limita la sucesión de las mujeres a las hermanas del causante.

A falta de agnados, son llamados los gentiles, es decir, los pertenecientes a la misma *gens* del difunto. Tal llamamiento no se da ya en la época clásica.

### **La sucesión *ab intestato* en el edicto pretorio**

A lo dicho anteriormente se limita, en materia de sucesión *ab intestato*, la ley decenviral. La iniquidad de este derecho sucesorio es puesta de manifiesto por Gayo. Como advierte el jurista, los hijos emancipados no tienen ningún derecho a la herencia del ascendiente, ya que dejan de ser herederos sui. Lo propio ocurre con los hijos de un peregrino, en el caso de que el emperador no les someta a la patria potestas cuando les concede la ciudadanía conjuntamente con el padre.

Tampoco llama la ley a los agnados que han sufrido una *capitis deminutio*, porque ésta extingue la *agnatio*, ni a los parientes por línea femenina, hasta el extremo de que entre la madre y el hijo o la hija sólo hay sucesión cuando por haber entrado aquélla en el poder marital, han surgido entre ellos *consanguinitatis iura*. Además, la mujer –la que está libre de la *manus*– no sucede nunca al marido.

Las injusticias de la ley –*iuris iniquitates*– son corregidas por el Pretor. El Edicto pretorio llama a heredar, como ahora veremos, a cuatro clases de personas, aunque no se hacen por eso herederas. Mas confiriéndoles la *bonorum possessio*, están en lugar de tales.

El Pretor hace justicia a los vínculos de la sangre, emparejándolos con los puramente agnaticios de la vieja y típica familia romana.

El llamamiento pretorio alcanza a cuatro clases de personas: libres, legítimas, cognados, marido y mujer.

1. Libres. Está constituida por los *sui* del Derecho civil y, además, por los emancipados y sus descendientes. Quedan fuera de llamamiento los hijos dados en adopción que no hayan sido emancipados por el padre que los adoptó, los hijos adoptivos emancipados y la *uxor* o la *nurus* remanipada.
2. Legítimos. Está formada por los herederos del Derecho civil. En realidad, tan sólo por los agnados, ya que, de una parte, los *sui* herederos son llamados en la clase de los *liberi*, y de otra, la sucesión de los gentiles llegó a desaparecer.
3. Cognados. Comprende los parientes consanguíneos del difunto por línea masculina o femenina, hasta el sexto grado, y del séptimo los hijos de primos segundos del causante. Dado que en este llamamiento se atiende, por modo único, al parentesco natural, nada dicen ahora las calificaciones civiles. Los hijos ilegítimos suceden a la madre y a los parientes maternos. Entre los cognados, el más próximo excluye al más lejano, y los de igual grado suceden por cabezas.
4. Marido y mujer. El Pretor establece, por último, un derecho recíproco de sucesión entre marido y mujer, siempre que se trate de matrimonio *iustum*, disuelto por la muerte.

### La sucesión intestada y las Novelas 118 y 127

El Derecho de la última época ofrece un amplio y confuso repertorio de normas, cuyas bases siguen siendo todavía la herencia civil, reformada por una serie



tumultuaria de disposiciones imperiales, y los llamamientos pretorios a la bonorum possessio.

De ahí que, acabada la labor compiladora, acometiera Justiniano la feliz empresa de dar al traste con todas las normas anteriores, para instaurar un nuevo orden sucesorio. Fundado éste en la familia natural, en los vínculos de la sangre, tiene su expresión en la Novela 118, del año 543, completada por la 127, del 548.

A la sucesión hereditaria vienen llamados los parientes, agrupándoles en cuatro clases:

1. La primera clase comprende los “descendientes” del difunto, sin consideración a la patria potestad, al sexo y a l grado de parentesco. El descendiente de grado ulterior sólo es llamado en el caso de que no viva el descendiente que le precede. Si los descendientes son de igual grado, la herencia se divide por cabezas; si son de grado distinto, por estirpes.

En tanto haya descendientes, no procede el llamamiento de los ascendientes. Mas si el causante estaba sujeto a la patria potestad, conserva el padre el usufructo.

2. En defecto de descendientes, son llamados a heredar los “ascendientes”, paternos y maternos, del causante, sus hermanos de doble vínculo, esos, de padre y madre –hermanos germanos- e hijos de éstos ya muertos.

Entre los ascendientes, el de grado más próximo excluye al de grado más remoto. Existiendo varios ascendientes de igual grado, y de la misma línea, la herencia se divide por cabezas; si pertenecen a líneas distintas, la herencia se divide por mitad entre la paterna y la materna, y dentro de cada una de éstas la división se hace por cabezas.

Cuando sólo hay ascendientes, la herencia pasa a éstos por entero. Si hay, además, hermanos –o hermanas-, la división de la herencia entre los ascendientes y éstos se hace por cabezas. Concurriendo también hijos de hermanos –o hermanas-, reciben la parte correspondiente al padre o la madre que falleció.

No dejando ascendientes, sino tan sólo hermanos o hermanas, la herencia se divide por cabezas, y si además concurren hijos de hermanos o hermanas, corresponde a éstos la parte que hubiera tocado a su padre o madre que falleció.

Si sólo quedan sobrinos –hijos e hijas de hermanos o hermanas-, la herencia se divide entre ellos por stirpes.

3. a falta de herederos de la segunda clase, suceden los “medio hermanos”, es decir, los hermanos o hermanas que lo son sólo de padre –consanguíneos- o sólo de madre –uterinos-, y los hijos de los fallecidos. Si únicamente concurren hermanos o hermanas, la herencia se divide por cabezas. Los hijos de los premuertos reciben lo que hubiera correspondido a sus padres.
4. Son llamados, en último término, todos los demás parientes “colaterales”, sin limitación de grado. El más próximo excluye al más remoto. Existiendo varios parientes de igual grado, la herencia se divide por cabezas.

### **Legados y fideicomisos**

El legado es una disposición mortis causa, contenida en testamento –o en codicilo confirmado, que es pars testamenti-, sobre los bienes concretos y con cargo al heredero.

La heredis institutio da base a una sucesión universal. El legado, en cambio, determina una sucesión particular, es decir, un traspaso de derechos singulares y separados. Pero el legado es disposición testamentaria, y su validez se condiciona, según regla general, a la de la heredis institutio.

El Derecho clásico conoce cuatro tipos de legados: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem. Cada uno de ellos obedece a una forma y produce efectos propios

Legado per vindicationem. Legado de propiedad o legado de disposición, se ordena con la siguiente fórmula: Tome al esclavo Estico, o lo tenga para sí, o lo coja). Tan pronto es aceptada la herencia, la cosa entra en propiedad civil del legatario. La cosa no fungible ha de pertenecer en propiedad al testador tanto en el momento de otorgar testamento, cuanto en el de la muerte; en cambio, respecto de la cosa fungible basta que sea del testador en el segundo momento señalado.

No sólo puede legarse en esta forma la propiedad de una cosa, sino también un derecho real reconocido por el ius civile –un usufructo o una servidumbre-.

2 El legado per damnationem o "legado de obligación", atribuye al legatario un derecho de crédito, y se ordena en estos términos: mi heredero quede obligado a dar a mi esclavo Estico. La fórmula ordenatoria puede concebirse también con las palabras: quede obligado mi heredero a dar; da, haz, ordena a mi heredero dar).

**El legado damnatorio puede recaer sobre una cosa cierta o incierta.**

En la época clásica otorga un derecho creditual, siendo éste susceptible del más vario contenido. Per damnationem es dable legar tanto cosas del testador, como del heredero o de un tercero, mas sólo si son de aquellas que se puedan dar. Cabe legar lo que no existe todavía, si se espera que exista; por ejemplo, los frutos que ha de producir un fundo.

El legatum sinendi modo se dispone con la fórmula: Quede obligado mi heredero a permitir que Lucio Ticio tome al esclavo Estico y se quede con él. El legado entonces recae sobre un Sinere: el heredero no viene obligado a transmitir la propiedad de la cosa, sino a permitir que el propietario legatario realice su derecho, apropiándose la misma. Mas en la época clásica se llega a considerar que es obligación positiva del heredero la de transmitir la cosa legada, acercándose así esta figura a la del legado damnatorio.

Se diferencia sin embargo, del legado damnatorio, porque sólo puede recaer sobre cosas propias del testador o del heredero. Basta que la cosa sea de la propiedad de uno y otro el momento de la muerte del primero.

4 El legado per praeceptionem se hace de esta forma: que Lucio Ticio tenga preferencia sobre el esclavo Estico.

Personas que intervienen en los legados: Tres personas son de tener en cuenta con referencia a un legado: el difunto, causante o disponente, el gravado o persona a quien toca satisfacerlo, y el beneficiario o legatario.

**Objeto de los legados:** Atendiendo al objeto del legado, que puede consistir en varias cosas, así corporales como incorporeales, se distinguen diversas figuras.

a. Legado de especie. Si el legado versa sobre un objeto preciso y concreto, debe entregarse éste, según regla general, tal cual es en el momento de morir el testador.

El legatario adquiere la cosa con los aumentos o disminuciones que ésta haya sufrido antes de la muerte del testador, y nada puede reclamar en caso de una transformación que afecte decisivamente a su originaria identidad.

b. Legado de género. Legada una cosa no determinada individualmente, sino comprendida en una categoría genérica, y siempre que se trate de legado vindicatorio, es menester que pertenezca al testador, tocando la elección al legatario. Si se trata de legado damnatirio, importa poco que la cosa sea o no de la propiedad del disponente, y la elección corresponde al heredero.

c. Legado de opción. Constituye una forma especial de legado per vindicationem, y recae, en la época clásica, sobre uno entre varios esclavos del testador, cuya elección compete al legatario. La *optio* es un acto solemne, semejante a la *cretio* (declaración solemne hecha en presencia de testigos, normalmente expresa: puesto que Publio Mevio me instituyó heredero en su testamento, yo decido aceptar esa herencia). No admite ni términos ni condiciones; tiene carácter adquisitivo y por tanto, irrevocable; debe hacerse después de aceptada la herencia.

d. Legado de parte. Es el legado de parte de la herencia, o si se quiere, de una fracción numérica. Según los Sabinianos, el legatario tiene derecho a exigir el valor de la cuota; los proculeyanos, en cambio, estiman que le es debida la parte misma. Justiniano faculta al heredero para elegir entre ambas soluciones, salvo que, tratándose de cosas indivisibles, debe prestarse siempre la *aestimatio partis*.

El *partiarius* o legatario no es heres y, por consiguiente, ni pecha con las deudas, ni tiene título para dirigirse, como acreedor hereditario, contra los deudores de la herencia.

e. Legado de una universalidad de cosas. Si se lega una universalidad de cosas —un rebaño, por ejemplo—, el legado comprende todas las que forman parte del conjunto en el momento de morir el testador. El rebaño forma un solo cuerpo, y uno es el legado, cuyo objeto permanece aunque aumenten o disminuyan las cabezas, y no se puede aceptar o rechazar en parte.

f. Legado de prestaciones periódicas. Es el legado de una cantidad de cosas fungibles —dinero, por lo común—, cuya prestación debe hacerse en determinados períodos. Considérase que hay tantos legados cuantos son las prestaciones periódicas cumplideras, cada una de las cuales tiene su propio *dies cedens*. El legado se extingue por la muerte del beneficiario.

g. Legado de alimentos. Es figura afín a la anterior. No hay aquí tampoco un legado único, sino un conjunto de varios legados, en correspondencia con los varios períodos a que alcanza su prestación. En caso de duda debe hacerse ésta durante toda la vida del legatario.

Comprende todo lo necesario para el sustento de una determinada persona: comida, vestido, habitación. No cuentan los gastos de educación, a no ser que disponga de otro modo el testador.

Si nada se dice sobre la medida en que deben prestarse los alimentos, o no se remite la decisión de tal extremo a la persona gravada o a un tercero, se atenderá a lo que en vida hiciera habitualmente el testador, o a lo que dejó a otros con igual finalidad, o, en fin, a su riqueza y a las necesidades del legatario.

h. Legatum nominis. El testador puede legar el crédito del que es titular, y el efecto será que el heredero venga obligado a ceder sus acciones al legatario. Tal cesión ya no es necesaria en el Derecho justiniano, cuando menos, pues se otorga al legatario una actio utilis. El legado de crédito carece de eficacia cuando nada se debe.

i. Legatum debiti. Es el legado de lo que el testador debía ya al legatario. La validez de tal legado depende de que la situación del acreedor-legatario resulte mejorada, de suerte que le interese reclamar ex testamento más bien que en virtud de la primitiva obligación. La ventaja puede estar, por ejemplo en la destrucción de una exceptio que paraliza la inmediata exigencia del crédito.

j. Legatum liberationis. Consiste en el legado de un crédito que ostenta el testador frente al legatario. En tal caso, el heredero no podrá pedir la deuda al mismo deudor, ni al heredero de éste, ni a otro que esté en lugar del heredero; y al contrario, podrá ser reconvenido por el deudor para que le libere de la obligación. El legado puede también consistir en la renuncia al gravamen que pesa sobre la cosa del legatario.

Fideicomiso. El fideicomiso (encargo remitido a la FIDES) vino a superar los inconvenientes del régimen formalista a que sujetaba el legado, a la vez que a colmar las deficiencias que tanto legado como herencia entrañaban, cuando ni uno ni otra permitían favorecer toda suerte de disposiciones mortis causa. Significase con esto que la falta de capacidad o la de idoneidad para ser heredero o legatario eran obstáculos invencibles para quien quisiera beneficiar por herencia o legado a personas incursas en dichas circunstancias. De otra parte, el impedimento podía ser, no ya legal, sino de hecho: imposibilidad, V.



Gr., de otorgar testamento por parte de aquel que se encontraba fuera de Roma, en "grandes y largas peregrinaciones".

Al contrario del legado cuya ordenación era a través de palabras ciertas, solemnes e imperativas, alas que el Derecho otorgaba plena fuerza obligatoria, el fideicomiso carecía de ordenación formal, y su imperio se ejercía por la sola determinación de la moral. Es preciso llegar a la época augustea para encontrarlo dotado de carácter jurídico, en función de obligatoriedad.

## Donaciones

La donación implica un traspaso de derecho patrimoniales, bajo la determinante de una pura y simple liberalidad. El traspaso no obedece a ningún deber y es independiente de cualquier compensación.

Lo dicho corresponde a la noción práctica, intuita con facilidad por el común de las gentes. El problema empieza, sin embargo, cuando hay que precisar, en dominio jurídico, el concepto de la donación. Resulta difícil, en efecto, aprehender sus elementos constitutivos, así como descubrir y traer a contornos exactos estos rasgos singulares que han de permitirnos su individualización. Importa, en todo caso, diferenciarla de toda una serie de actos que, no siendo donaciones, entrañan una liberalidad.

Arranca de tales dificultades la todavía hoy inacabada tarea de dar a este instituto un lugar quieto y seguro en el concierto de nuestra sistemática.

Dentro del Derecho clásico, la donación no constituye un negocio jurídico especial, esto es, obediente a un régimen propio o típico. Por verdad, representa allí una causa general de adquisición de derechos, un *genus acquisitionis*. La donación existe como causa, como fundamento práctico de una adquisición patrimonial, pero nada más. No existe la donación en el orden reclamado por un conceptual técnico-jurídico.

Comienza a destacar la causa *donationis*, y por consiguiente, a perfilarse la donación como instituyo autónomo, cuando la *lex Cicia*, del año 204 a.C, establece un régimen de prohibiciones. Dicha ley prohíbe las donaciones que sobrepasan de cierta medida, y esto obliga a determinar si un acto concreto se ha realizado o no *donationis causa*. La propia cuestión se planteará después, al ser prohibidas, en los comienzos del imperio, las donaciones *inter virum et uxorem*.

Con todo, la donación sigue siendo causa, fundamento justificativo de la adquisición. Mas considerada como causa, se diferencia desde varios puntos de vista de otros actos de liberalidad. La donación importa una disminución del propio patrimonio y del enriquecimiento irrevocable del donatario. No es donación, por consiguiente, el despojo patrimonial que responde a un deber. No lo es tampoco el precario, que obliga a restituir la cosa tan pronto lo decida el concedente. Ni el comodato y el mandato, que importan liberalidad, pero constituyen figuras contractuales típicas.

La donación requiere del concurso de tres elementos: un negocio idóneo para el traspaso del derecho patrimonial; la adquisición del derecho patrimonial sin reciprocidad o correspondencia –causa donationis–; y la intención de llevar a cabo una liberalidad –animus donandi–.

Según la naturaleza del acto patrimonial, se distinguen las donaciones en reales, obligatorias y liberatorias.

La donación real importa traspaso de la propiedad o constitución de un derecho real. La donación obligatoria determina el nacimiento de un derecho de crédito a favor del donatario. La donación liberatoria consiste en la remisión de una deuda o gravamen que afectaba al beneficiario.

Cada una de estas especies precisa las formas reclamadas por la naturaleza del derecho que se quiere transmitir. Entran en consideración, a este respecto, la *mancipatio*, la *in iure cesio*, la *traditio*, la *stipulatio*, el *pactum de non petendo*, etc.

### §3 DERECHO PROCESAL CIVIL

Es “poder”, para los romanos lo que nosotros llamamos “derecho subjetivo”. Y entre lo uno y lo otro media la misma diferencia que entre sostener –sustinere– y tener –tenere–. Consustancial a la idea de poder es la de sostener, mantener, contener, defender frente a cualquier asechanza o ataque.

El poder se da para su ejercicio. No se da para tenerlo simplemente. No se da para ostentarlo en postura de quietud u ocio.

El poder es algo siempre en marcha, en viaje, in via. Quien tiene un poder, el que fuere, debe actuarlo y defenderlo. Ambas cosas, la actuación y la defensa, convienen a la condición del vir en cuya cabeza se incardina el poder.

El propio titular del poder es el llamado a asegurarse su explicación, disfrute y defensa.

Bajo forma noble persevera en el Derecho romano adelantado la idea de que el mundo pertenece a la fuerza individual, la idea de que cada cual lleva en sí la razón de su poder y debe defenderlo.

La idea de ejercicio activo del poder está presente en todo. También en la hora del combate procesal

Las fórmulas verbales de las acciones de la Ley, con vigor hasta la mitad el siglo II a.C, están rodeadas de cuanto conviene a una liturgia teatralizada. Las palabras, aun aprendidas –no siempre fácilmente– de memoria, bajo la guía de los sacerdotes juristas, tienen tal entonación y van acompañadas de tales gestos, que invitan a advertir una identificación entre las significaciones que abrigan los viri contendientes.

En las fórmulas, las palabras, rítmicas y medidas, son todas pura expresión de un poder actuante que aquí, en el agere procesal cobra su máximo relieve, su más potente luz.

La defensa no parece sino la prosecución normal, y no ya accidental o subsidiaria, de un ejercicio del poder en línea continua y siempre a cargo del titular.

Los poderes, si violados, deben ser defendidos en vía privada. La defensa privada es consonante con la derivación del nombre de agere y su aplicación exclusiva a la actividad de las partes. Surgido el Estado, las viejas acciones, la manus iniectio y la legis actio sacramento in rem, no otra cosa representan que

la formalización o estilización de las primarias y elementales actitudes de defensa —física y personal— del propio poder.

## Introducción

Ejercicio y protección de los derechos. Como ya es sabido, la norma jurídica atribuye al individuo singulares derechos o facultades —derechos subjetivos— merced a los cuales le es dable atender a la satisfacción de sus naturales exigencias. Ahora bien, tales derechos, facultades, autorizaciones o pretensiones nada son y nada representan si la misma norma u orden jurídico que les da vida no procura su mantenimiento y defensa. Y ya se comprende que uno y otra sólo pueden conseguirse a través de la vía jurídica.

El ejercicio de un derecho concedido por la norma es algo que siempre se tiene por lícito: el que se sirve de su derecho no daña a nadie. Mas la actuación abusiva, el ejercicio indebido del mismo, puede entrañar una trasgresión del orden jurídico, dando lugar a una responsabilidad. De aquí que se tenga por necesaria una protección de los derechos mediante la intervención de una actividad estatal, establecida en forma de proceso, incumbiendo a los órganos personificadores de la misma el reconocer y sancionar, merced a una sentencia, la verdad y razón de las pretensiones que los particulares desean ver amparadas.

En un ambiente social primitivo, donde falta un poder de coacción impela al cumplimiento de los que son tenidos por derechos, bien se comprende que constituya la autodefensa el único medio del que pueda valerse la parte acreedora, sea por contrato o sea por delito, para obligar a la parte deudora a la observancia de sus deberes jurídicos. Mas cuando el Estado ha surgido, son sus órganos —los tribunales— los que asumen la defensa para la aplicación de las sanciones correspondientes a tales deberes.

Fuera de los casos de legítima defensa, singularmente reconocida en situaciones de agresión actual o presente e injustificada, y de fundada sospecha de huida del autor o deudor, la única vía es la jurídica para encontrar protección de cualquier derecho, con la consiguiente ejecución coactiva del deber que encierra. En la época augustea se dan leyes encaminadas a condenar el uso de violencia para la propia defensa de los derechos. Luego, en la época imperial, un decreto de Marco Aurelio, favorecido con nueva acogida en la legislación posterior, establece una sanción civil, por virtud de la cual pierde su derecho aquel que puso en práctica medios de propia defensa o ejecución, e incurre en la obligación de restituir, por razón del duplo, el que exige y

adquiere, mediante igual procedimiento, algo para lo que no tiene título jurídico.

**Actio.** La palabra actio es empleada por los romanos en un doble sentido:

- a. En sentido formal, esto es, como instrumento que abre puertas al proceso. Trátase de un acto de las partes enderezado al logro de la tutela jurisdiccional.
- b. En sentido material, es decir, cual reclamación de un derecho –de un derecho civil obligatorio-. Actio se traduce aquí por lo que los modernos llamamos “pretensión”.

Falta en Roma un concepto unitario de denuncia o “reclamación”. Del lado formal, no hay una actio, sino particulares acciones con nombres diversos. Cada derecho se halla sellado con una actio, y, en cualquier caso, no hay pretensión que tenga acceso a los tribunales cuando respecto de ella no haya sido concedida una acción.

**Clases de acciones.** Las acciones pueden agruparse en varias clases o categorías.

1. Acciones civiles y acciones honorarias. Las acciones civiles tienen su descanso en el *ius civile*, y su tenor viene puesto de relieve por el de la fórmula, concebida in *ius*.

Las acciones honorarias (o pretorias) dependen de la *iurisdictio* del magistrado.

Dentro de las acciones honorarias figuran, las acciones ficticias,

2. Acciones reipersecutorias, penales y mixtas
3. Acciones in rem e in personam
4. Acciones bonae fidei y stricti iuris
5. Acciones in bonum et aequum conceptae.
6. Acciones arbitrariae
7. Acciones perpetuas y temporales
8. Acciones directas y útiles.
9. Acciones privadas y acciones populares

**Acumulación de acciones.** De un mismo hecho jurídico pueden nacer varias acciones encaminadas al mismo fin. Háblase entonces de concurso de acciones,



e importa saber si es dable ejercitar todas –concurso cumulativo– o una de ellas –concurso electivo–.

En orden a las llamadas acciones reipersecutorias, es tendencia gneral la de rechazar la acumulación.

Dos acciones penales son acumulables entre sí, como cabe también acumular una acción penal a una acción reipersecutoira. Sin embargo, este principio es atenuado, en varias maneras, por el Derecho clásico.

En el Derecho justiniano el ejercicio de una acción excluye el de las demás hasta el límite de la concurrencia efectiva. Ejercitada una acción es posible intentar las otras para conseguir la plena satisfacción.

Prescripción de acciones. Sólo en casos excepcionales pone plazo el Derecho civil al ejercicio de las acciones. Fuera de un estrecho régimen excepcional, las acciones se consideran perpetuas. Por el contrario, en el Derecho pretorio domina el principio de la temporalidad, en cuanto que las acciones han de entablarse en plazo de un año, e incluso a veces en más corto tiempo.

La prescripción extintiva de las acciones tiene primeros reconocimientos en la época imperial, a través de la *longi temporis praescriptio*, concedida al poseedor de buena fe y justo título de terreno provincial, frente a la inacción del dueño durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Iudicium. El régimen procesal de la época clásica se caracteriza por la institución de un iudicium, de una función juzgadora ajena a un imperium magistratual, esto es, basada en el officium de particulares o árbitros. Reminiscencia, sin duda, de los tiempos precívicos, donde falta la fundamental acción estatal, el arbitraje da base al iudicium privatum de l época clásica y se concreta en un contrato por virtud del cual las partes acuerdan someter la cuestión controvertida a la decisión de un particular o atbiter, que ellas mismas designan. Tal contrato, cifrado en la *litis contestatio*, recibe el refrendo de un magistrado, ante el cual se celebra, y que, por lo demás, se limita a encauzar y formalizar el proceso, concediendo o no la apertura del iudicium.

El iudicium celebrado en la civitas o dentro del radio de una milla de Roma, con litigantes romanos y juez único, también romano, se llamaba iudicium legitimum. Por el contrario, el iudiciumen que intervienen extranjeros, o se celebra fuera de Roma, o se denomina iudicium imperio continens o iudicium, quod imperio contineturj. El primero, a diferencia del segundo, se halla

sancionado por el *ius civile*, que atribuye eficacia consuntiva a la *litis contestatio*, y otorga a la sentencia valor de la cosa juzgada.

Procedimiento “*in iure*” y “*apud iudicem*”. La nota más singular y característica del proceso clásico está constituida por la división de éste en dos fases: el procedimiento *in iure* y el procedimiento *apud iudicem*.

El pleito no discurre por una sola vía, ante un solo Tribunal, como sucede en los tiempos modernos, sino que atraviesa por las dos peculiares fases señaladas. En la primera –procedimiento *in iure*–, las partes hacen su presentación al magistrado, exponiendo los puntos de la controversia, patentizándose la naturaleza del derecho alegado, cuya protección se invoca, y proveyéndose al nombramiento del *iudex*, sobre la base de un contrato arbitral –*litis contestatio*–, que implica una aceptación del fallo o laudo que éste emita. En la segunda –procedimiento *apud iudicem*–, se señala el cese de la actividad magistratural, con la intervención del juez, árbitro particular designado por los litigantes para dirimir la contienda.

### **Procedimiento civil romano. Épocas que comprende.**

El procedimiento civil romano, establecido bajo las bases y con las características antes apuntadas, atraviesa por tres épocas: a. Época de las *legis actiones* o acciones de la ley, que va desde los orígenes de la *civitas* hasta la mitad del siglo II a. C. b. Época del procedimiento formulario, que se extiende desde la mitad del siglo II a.C, hasta el siglo III de C. c. Época del procedimiento *extra ordinem*, establecido en el siglo III, con desaparición del tradicional *ordo* .

El procedimiento de las “*legis actiones*”. Las acciones de la ley eran, como ya dijimos, actos jurídicos formales consistentes en fórmulas orales y solemnes, con las que en el antiguo ordenamiento jurídico romano se iniciaba un procedimiento ejecutivo para conseguir la efectividad de un derecho .

Ésta constituye la más antigua forma de enjuiciar. En consonancia con los caracteres que informan el derecho primitivo, la *legis actio* represente el imperio de la forma, una forma angosta y embarazosa, imbuida de rito y de solemnidad. Las partes, presentes *in iure*, esto es, ante el magistrado, han de hacer sus peticiones y declaraciones de acuerdo con fórmulas rigurosamente establecidas por la costumbre o por la ley. A tal punto debía llegar la precisa observancia de las fórmulas, que el más leve error acarrearía la pérdida del pleito. Las acciones procesales eran inmutables, debiendo cumplirse con la misma precisión con que se cumplían las leyes a las que obedecía su existencia.

Así, por ejemplo, las XII Tablas conferían una acción por las cepas cortadas, pero no hablándose en el texto decenviral de arbores por la de vites, so pena de perder el proceso. De aquí la necesidad de que los litigantes, ajenos al secreto de las fórmulas, acudiesen a los sacerdotes, primeros juristas de Roma antigua, únicos conocedores y guardadores de las misma, para recibir asesoramiento a la hora de entablar u pleito.

Las acciones de la ley eran cinco, según informa Gayo (4, 12), acciones de ley por apuesta sacramental, por petición al juez, por emplazamiento, por imposición de la mano, por toma de prenda.

*Legis actio sacramento.* Esta acción toma su nombre de la apuesta – *sacramentum* consistente en una suma de dinero fija que ambas partes debían depositar que celebraban las partes, luego de haber hecho sus alegaciones in iure, esto es, ante el magistrado. Tal apuesta se depositaba in sacro, adjudicándose ala suya el litigante victorioso, mientras la del vencido pasaba a engrosar los bienes del Estado. La *legis actio sacramento* tenía dos formas: *legis actio sacramento in rem*, cuando se trataba de la tutela del derecho de propiedad, es decir para el proceso en que ambas partes litigan pro el dominio de una persona o de una cosa; en este procedimiento se discuten derechos absolutos como la patria potestas, la manus sobre la mujer casada, el *mancipium* sobre los hijos de familia enajenados, el dominio sobre los esclavos cosas. Por su parte, las *legis actio sacramento in personam*, cuando se encaminaba a la protección de los derechos de crédito. Tratándose de la primera, una y otra parte sostienen su derecho en idéntico terreno, v. Gr. Afirmando que son propietarios de la misma cosa, o de la misma herencia, o de la misma servidumbre: *aio hanc rem meam esse ex iur Quiritum*, afirma uno, y el otro replica con las mismas palabras, procediéndose seguidamente al *sacramentum*. Si se litiga por la *actio sacramento in personam*, los términos de la controversia procesal se desenvuelven de modo distinto, en cuanto que el acreedor afirma su derecho, mientras el deudor lo niega.

Originariamente el nombramiento del iudex seguía a la apuesta, pero después de la *lex Pinaria* se definió treinta días.

*Legis actio per iudicis postulationem.* Las XII Tablas concedían esta *actio* para reclamar lo debido ex sponsione. El demandante afirmaba: *Afirmo que debes darme diez mil sestercios a causa de un contrato verbal: te pido que digas si es verdad o no.* La parte contraria sostenía que no era cierto, y el demandante replicaba: *puesto que lo niegas, a ti, Pretor, te pido que nombres un juez o árbitro.*

También se aplicaba esta acción de ley para los procesos de división de herencia, según estaba establecido en las XII Tablas. Por virtud de una *lex Licinia* se aplicó igualmente para la división de cosa común.

Las características fundamentales de esta acción son las siguientes: a. Es menester indicar la causa por la que se litiga. b. Se nombre inmediatamente al *iudex* y, c. no se recurre al *sacramentum* o apuesta.

*Legis actio poer condictioem*. Esta acción de ley fue introducida por la *lex Silia*, para las deudas de dinero cierto, y por la *lex Calpurnia* para las de cualquier otra cosa cierta. La demanda no precisaba mención de la causa por la que se reclamaba. Tenía, pues, carácter abstracto, y se formulaba en los siguientes términos: afirmo que debes darme diez mil sesteracios: te pido digan si es verdad o no. El convenido o demandado afirmaba que no era verdad, y el demandante replicaba: puesto que niegas, te emplazo para elegir juez dentro de treinta días.

El procedimiento formulario. Las *legis actiones* constituían como se ha dicho, una forma de enjuiciar dominada por principios rigurosos de solemnidad. La exigencia de observar estrictamente los términos de la ley, con los peligros que implicaba un error o equívoco en la demanda –no susceptible, en todo caso, de repetición o de rectificación–, suponía un grave inconveniente. De otra parte, la *legis actio* no se plegaba siempre a las particulares circunstancias de la cuestión litigiosa, siéndole difícil al juez, en muchas ocasiones, averiguar la verdadera naturaleza de ésta, que quedaba encubierta bajo una especie de disfraz normal.

La *lex Aebutia* –cuya fecha probable es a un tiempo posterior al 150 a. C.–, y la *lex Iulia iudiciorum privatorum* –no anterior a Augusto– dieron término al sistema de las *legis actiones*, introduciendo en el procedimiento civil romano la práctica de las fórmulas, breves escritos presentados por las partes –asesoradas previamente por los juristas, cuando de ello hubiere menester–, y donde se patentiza la naturaleza del derecho litigioso.

Son las fórmulas a manera de guías o instrucciones que el magistrado traspasa al juez, para que le sirvan de norma orientadora en la decisión final de la sentencia. La misión del magistrado, por lo demás, se limita aquí a aceptar o rechazar la fórmula aportada por las partes, autorizando o nola entrada en el *iudicium*.

El procedimiento formulario tiene su origen en el *ius honorarium* y en el *ius gentium*. Los procesos entre extranjeros, con intervención del pretor peregrino,



se sustanciaban sobre la base de una fórmula escrita, fácilmente adaptable a las particulares circunstancias del caso, dentro de los varios e inúmeros que pudieran presentarse, esto es, fuera de la rigurosa predeterminación que era propia de las fórmulas verbales.

El nuevo procedimiento –aparte del alcance y significación que tiene, en modo que revoluciona el sistema de enjuiciar–, se mantiene dentro de los moldes civilísticos, sustituyendo la fórmula verbal por la fórmula escrita.

### Las fórmulas. Su estructura y sus partes

La fórmula era, como se ha dicho, un breve escrito que sirve como de guía o instrucción al juez, y que, presentada por las partes al magistrado, éste la hace suya, pasándola a manos de aquél. La fórmula servía de base para un convenio por virtud del cual los litigantes sometían la cuestión controvertida a la decisión del juez. Se partía del supuesto de que lo alegado por el demandante fuese cierto, susigiendo entonces una condena para el demandado; en otro caso, es decir, no siendo verdaderos los términos de la alegación, recaía una absolución.

La fórmula se encabezaba con el nombre del iudex o iudices nombrados por las partes. A tal designación –iudicis datio– sucede lo que es propio y sustancial contenido de la fórmula, integrada por partes ordinarias, que son precisas en la singular acción por la que se litigue, y extraordinarias, esto es, agregadas o insertadas a tenor de las naturales exigencias de la cuestión debatida.

Las partes ordinarias son cuatro: intentio, demonstratio, condemnatio y adiudicatio. Las extraordinarias son dos, exceptio y praescriptio.

Intentio. Es la parte fundamental, el nervio de la fórmula. En ella se recoge el contenido de la demanda, patentizándose la naturaleza de la reclamación y abriéndose puertas al debate procesal.

Cuando el actor pretende únicamente que se declare por el iudex la existencia del derecho por el que reclama, la acción tiene carácter prejudicial, no dando lugar a una condena –condemnatio–. Así, por ejemplo cabe que el actor pida que se declare si un esclavo le pertenece por derecho quirritario. En los demás casos, lo que persigue el demandante no es la declaración de existencia de un derecho, sino que por el demandado se verifique una determinada prestación, instándose del iudex una condena a tal efecto. Se concibe entonces en los siguientes términos: si resulta que Numerio Negidio está obligado a dar diez mil sestercios a Aulo Agerio.



**Demonstratio.** Cuando la acción versa sobre un incertum, se recurre a una demonstratio, que sirve para aclarar y concretar la naturaleza de la reclamación, a través de los hechos que pueden fundamentarla. Expresada por una preposición de quod, precede a la intentio, y puede venir redactada en la siguiente forma: puesto que Aulo Agerio compró el esclavo a Numerio Negidio (demonstratio) a todo lo que, por esta causa, deba dar o hacer Numidio Negidio a favor de Aulo Agerio, según la buena fe, oh, juez, sea condenado Aulo Agerio; si no resulta, sea absuelto.

**Condemnatio.** Es aquella parte de la fórmula que, condicionada a la intentio, en términos de que sean ciertos o no los hechos alegados por el demandante faculta al iudex para condenar o absolver: si resulta... sea condenado; si no resulta, sea absuelto.

La condena se concretaba siempre en una estimación o cantidad de dinero – condemnatio pecuniaria-. Así pues, si se reclamaba un fundo, un esclavo, una cantidad de oro o de plata, el juez no condenaba al demandado vencido a dar el objeto mismo, sino a pagar, previa estimación de lo que importa, su valor en dinero. Los graves inconvenientes que ofrecía este régimen de condena, no dejan de advertirse fácilmente. Al propietario de una cosa, tanto más podía interesarle la restitución de la misma que no el pago de su valor en dinero. Consecuencia de ello fue que el pretor, atento en todo momento a los principios de equidad, antepusiese a las fórmulas de las acciones tendentes a una restitución, así como a las de las dirigidas a una exhibición, una cláusula por virtud de la cual el juez condenaría a pagar en dinero tan sólo cuando no prosperase la orden que él hiciera al demandado de exhibere o restituere: si no es restituido –exhibido– según tu arbitrio, condena. Las acciones a las que acompaña semejante cláusula, se llaman arbitrarias.

Las acciones arbitrarias tanto pueden darse en el campo de los derechos reales, como en el de los derechos de crédito. Acciones arbitrarias reales son, por ejemplo la **Publiciana**, la **Serviana** respecto de las cosas del colono, y la quasi Serviana o hipotecaria; personales, v. Gr. Las que se intentan por metus o dolo, así como aquella por la que se reclama lo que se ha prometido en un lugar determinado. Acción arbitraria es también la actio ad exhibendum.

**Adiudicatio.** En las acciones de deslinde, de división de la cosa común, y de división de herencia, se facultaba al iudex para que pusiese término a la comunidad, adjudicando a cada parte lo que le correspondiese. En estos casos se dice en la fórmula en lugar anterior a la intentio y posterior a la demonstratio, lo siguiente: adjudica, tú, juez, a Ticio, cuanto procede adjudicarle.

**Exceptio.** Es una parte de la fórmula establecida en beneficio del demandado, como defensa contra la actio del demandante. Si el demandado se limitaba a negar las pretensiones del actor no era menester que la fórmula tuviese aditamento alguno, concretándose a una redacción sobre la base de las partes ordinarias, y la inexistencia de los hechos en que se fundó la reclamación llevaba a una sentencia absolutoria. Pero si el demandado alegaba determinadas circunstancias o hechos, cabía también que quedase desviada o excluida la condena. Puede ocurrir, verbigracia, que un individuo deba a otro, por razón de contrato, una cantidad de dinero, pero que, con posterioridad al mismo, el acreedor se convenga con el deudor, por medio de un pacto, en que no le reclamará la cantidad. En tal supuesto, contra la actio del acreedor tendrá el deudor la exceptio pacti conventi, que se redactará de este modo: si resulta que Numerio Negidio debe dar ciento a Aulo Agerio, si no se convino entre Aulo Agerio y Numerio Negidio que no se pediría ese dinero. La excepción, redactada como supuesto negativo de lo que afirma el demandado, hace condicional la condena, de modo que el juez no sentenciará contra éste más que en el caso de que no se hubiera pactado que no se pediría el dinero.

Las excepciones se dividen en perentorias y dilatorias. Las primeras son las que paralizan o destruyen totalmente la acción, tales como las provenientes del dolo malo, miedo, transgresión de una ley o senadoconsulto, cosa juzgada o deducida en juicio, o la de no pedir nunca. Son dilatoria, por el contrario, las que no anulan de un modo total la acción, pero sí paralizan temporalmente ésta, tales como las que derivan del pacto de no pedir en cinco años, la de litigar por medio de representante judicial carente de capacidad, o nombrado por quien no la tiene para ello.

**Praescriptio.** Las praescriptiones son excepciones que van en cabeza de la fórmula, y pueden darse en beneficio del demandante –prescripciones pro actore–, como sucede, v. Gr. Cuando reclamamos, en un contrato de alquiler por meses, prestación que ya es debida, con observancia de dejar a salvo la prestación futura, en cuyo caso es menester entablar la finalidad de evitar que, reclamando todo lo que nos es debido, incluso lo futuro, deduzcamos en juicio una obligación antes de tiempo, con la circunstancia de que luego ya no es posible entablar la acción de nuevo.

**El tiempo.** En el viejo calendario romano se distinguía entre dies fasti –días hábiles o días judiciales– y dies nefasti –días no aptos para la actividad procesal jurisdiccional–. El año judicial se hallaba dividido en un período de invierno –

menses hiberni- y otro de verano –menses aestivi-, interrumpiéndose la acutuación judicial duranjte la época de las cosechas, de la vendimia y de losjuegos públicos, si bien esta práctica llegó a desaparecer cuando el juez popular dejó de ser nombrado de entre los ciudadanos que figuraban en *album iudicium sectorum*.

En la interposición de acciones –lo mismo que en la solicitud de la bonorum possessio-, se tiene en cuenta el tiempo “útil”, eso es, el computado sobre la base de días hábiles para litigar.

Las partes y sus representantes. Las partes –partes, adversarii- que intervienen en la causa o litigio –lis, controversia-, se llaman demandante o actor, y convenido o demandado –conventus, reus-.

En el viejo sistema de la legis acciones, se hallaba admitida la representación procesal, si bien restringida a cuatro singulares casos: en defensa de un interés público, pro libertate; pro tutela, en defensa del pupilo; ex lege Hostilia, en las acciones de hurto sufridas por una ausente. Por el contrario, en el sistema formulario se admite la representación con carácter de amplitud y generalidad.

### Procedimiento

La iniciación del proceso tiene efecto con la in ius vocatio o llamamiento para comparecencia del demandado ante el magistrado, hecho por el propio demandante. En el caso de que el demandado no aceptase los términos de la invitación, se autorizaba al demandante, a partir de las XII Tablas, a llamar testigos y recurrir al empleo de la fuerza, obligándole a personarse. Cabía, no obstante, que el convenido ofreciese un sustituto –vindex-. Si no comparecía ni aseguraba la comparecencia por otro, se le tenía por indefensus, entregando el pretor sus bienes al demandante –missio in bona-.

Presentes las partes *in iure*, el actor formula su demanda –editio actionis-. Por su lado, el convenido puede adoptar diferentes posturas: solicitar un aplazamiento para la contestación, prometiendo comparecer de nuevo, con garantía de tercero –vades-; contestar allanándose a la demanda –confessio in iure-, sin que haya lugar a entrar en un iudicium; atender el juramento deferido por el demandante –iusiurandum in iure delatum-, reconociendo o no la existencia de la deuda, dando lugar, en primer caso, a tener por concluido el asunto, sin pasar a juicio; oponerse a las alegaciones del demandante.

La *litis contestatio*. Si el magistrado tiene por atendibles los términos de la demanda –*datio actionis*–, se abren puertas al *iudicium*, previa la formalización de la *litis contestatio*. En la época de las *legis actiones*, la *litis contestatio* era un contrato arbitral, subsiguiente a la formulación de la demanda, hecho en presencia de testigos solemnemente llamados, por virtud de la cual las partes acuerdan, ante el magistrado, someter la cuestión litigiosa a la decisión de un *iudex*, aceptando el fallo que éste emita. En el sistema formulario, la *litis contestatio* consiste en el traspaso de la fórmula al *iudex*, de manos del pretor, verificado en presencia de testigos, según la vieja y luego decaída práctica. Propiamente la *litis contestatio* es un contrato arbitral, residiendo su fuerza de obligar en la “proposición” y “aceptación” de la fórmula por el actor y el demandado.

El efecto característico de la *litis contestatio* reside en la consunción procesal de la acción, esto es, en la posibilidad de repetición. Tal sucede cuando se trata de acciones que versan sobre derechos de crédito, concebidas *in ius* y ejercitadas en *iudicium legitimum*, pero en las acciones reales, en las acciones personales concebidas *in factum* y en los juicios no legítimos, la acción no se consume o agota, siendo menester para evitar la repetición de la misma, el nuevo juicio, que el pretor otorgue una *exceptio*.

Procedimiento *apud iudicem*. Tramitación hasta la sentencia. Celebrada la *litis contestatio*, las partes comparecen ante el *iudex*. La no comparecencia del demandado lleva consigo, en los orígenes, el que el pleito concluya con sentencia dictada de acuerdo con las pretensiones del demandante, pero más tarde la condena sólo tenía efecto cuando el *iudex* hubiese logrado plena convicción de la justicia que asistía al reclamante –*sententia in eremodicio*–. Si el no compareciente era el actor, recaía sentencia absolutoria para el demandado.

El procedimiento *apud iudicem* se caracterizaba: por la oralidad en los alegatos, defensas e interrogaciones; por la publicidad; por la inmediación.

Las partes, que pueden acudir asistidas por oradores, han de facilitar al juez las pruebas en que fundan sus alegaciones. A este respecto, rige el principio según el cual la carga de la prueba incumbe a todo aquel que sostiene una pretensión, sea accionando o excepcionando. Tanto el actor como el convenido –siempre que la posición de éste no sea pasiva–, vienen obligados, según lo dicho, a suministrar los datos, las pruebas de hechos que sirvan de confirmación a lo aducido.



Sin embargo, hay hechos de los que no se exige la probanza, en cuanto que la ley los tiene por ciertos e indubitados, no admitiéndose la prueba contraria –*praesumptiones iuris et de iure*–; hechos que, presumidos por la ley, valen como verdaderos en tanto en cuanto non se demuestre lo contrario, en una contraprueba autorizada –*praesumptiones iuris*–; y hechos, en fin, admitidos por la libre y racional presunción del juez –*praesumptiones hominis*–.

Los medios de prueba son varios: testigos, documentos, juramento, dictamen pericial, inspección ocular etc.

La sentencia. El juez, luego de hecha, ponderada y apreciada la prueba, según las reglas de la sana crítica –*ex animi sententia*–, resuelve el pleito en definitiva, mediante un fallo.

La sentencia, que pone fin al *iudicium* puede ser: absolutoria; condenatoria; declarativa –en las acciones prejudiciales; constitutiva –en los procesos de división–.

La sentencia pone fin a la cuestión litigiosa, que no es susceptible de deducirse en nuevo juicio: lo juzgado se tiene por cierto. En la época de las *legis actiones* y en la del procedimiento formulario la sentencia se tiene por firme, no admitiendo apelación.

Ejecución de la sentencia. En el caso de que el vencido o condenado no acepte libremente el cumplimiento de la sentencia, es menester recurrir a un procedimiento de ejecución.

En la época antigua existen dos acciones de ley encaminadas a este fin: la *legis actio per pignoris capionem* y la *legis actio per manus iniectioem*.

La *legis actio per pignoris capionem* era utilizada como medio de ejecución directa sobre los bienes de personas deudoras por tributos, ciertos créditos militares y de tipo religioso.

La ejecución de carácter normal o regular es la de la *legis actio per manus iniectioem*, concebida como ejecución personal. Si el condenado en sentencia a realizar una prestación, no la cumpliera, luego de transcurrir treinta días desde que aquélla se pronunció, podía ser llevado ante el magistrado, quien lo entregaba al acreedor, salvo que saliese fiador por él –*vindex*–. Después de permanecer en prisión del acreedor sesenta días, era expuesto al público durante las tres últimas ferias de mercado, con objeto de ver si alguien ofrecía el rescate. No mediando éste, el acreedor podía dar muerte al deudor, partirlo en pedazos –si concurría con otros acreedores– y venderlo trans



tiberim. Tal régimen de crueldad hubo de ser paliado por la lex Poetelia, que abolió la prisión por deudas, así como la venta y muerte del iudicatus.

En la época del procedimiento formulario la ejecución directa y personal es sustituida por la actio iudicati, por la acción de cosa juzgada, que no evita, sin embargo, el que por el magistrado se autoricen actos ejecutivos personales.

Las primeras manifestaciones de ejecución en el patrimonio del deudor se tienen en el derecho pretorio, a través de la *missio in bona*, o entrada en los bienes por y a solicitud del acreedor favorecido en sentencia.

Si el deudor, con la intención de causar daño a los acreedores, realiza actos de enajenación que merman su patrimonio —*alienatum in fraudem creditorum*—, se concede su revocación. En el Derecho clásico existen dos medios enderezados a este fin: el interdictum fraudatorium, que obliga al adquirente a restituir cuanto ha recibido del deudor, y una restitutio in integrum, que determina la vuelta de las cosas a su estado anterior, esto es, cual si no hubiese ocurrido la enajenación. En el Derecho justiniano otórgase la actio pauliana, donde quedan fundidos ambos medios.

## ACTIVIDADES DE AUTOESTUDIO

### Responda

- a. ¿Considera que nuestro modelo familiar actual, al menos culturalmente hablando, se diferencia grandemente del modelo romano?
- b. ¿En qué medida han cambiado los roles de los sujetos de la familia, haciendo una comparación con la familia romana?
- c. ¿Cuál es a su criterio el instituto familiar en que se funda la sociedad romana? ¿En nuestra realidad, continúa siendo igual o algo ha cambiado?
- d. ¿Qué concepto daría usted de lo que es la sucesión?
- e. ¿Cuántos tipos de sucesión existen en Derecho romano?
- f. ¿Cuáles son los requisitos fundamentales de la sucesión testada?
- g. ¿En la sucesión intestada, se presenta alguna preferencia en la asignación de la herencia y si existen, cuáles son los criterios?
- h. ¿Cuál es la diferencia fundamental entre legados y herencia?
- i. ¿Todos tienen capacidad para recibir herencia y para dar en herencia?
- j. ¿Cuál es la idea fundamental del proceso romano?
- k. ¿Cuáles son los tipos de procedimiento que existieron en Roma?
- l. ¿Podría explicar la razón histórica que justifica las etapas del desarrollo del proceso en Roma?
- m. ¿El concepto de "Acción", sigue teniendo el mismo significado que en Derecho Romano?
- n.

### Realice

Diseñe un cuadro comparativo de al menos cinco características que puedan identificar el sistema sucesorio romano con el que se expresa entre los artículos 932—1433 del Código Civil

Ensaye a escribir un folio contentivo de sus reflexiones en torno a lo que es el proceso, su utilidad actual y la vigencia de la idea fundamental que desde Roma ha tenido

Reflexione sobre las potestades familiares que describimos en el material y desde su experiencia personal, determine si todavía sigue vigente

Qué personajes intervinientes en los procesos romanos tienen vigencia en los procesos actuales, según su conocimiento como ciudadano de este país.

Intente diseñar la justificación romana y actual del proceso y vincule su respuesta con el ideal de la justicia

Diseñe una explicación propia al fenómeno de las sucesiones

Realice la comparación entre los derechos derivados del matrimonio en Roma y los derivados de dicha figura en nuestra sociedad

va más lejos.



Estimado/a estudiante:

La Universidad Centroamericana se complace en tenerlo/a como estudiante de la modalidad de educación a distancia e integrante de la comunidad educativa UCA. Al configurar este nuevo entorno de enseñanza y aprendizaje le hemos preparado específicamente este texto o módulo autoformativo, con un enfoque eminentemente pedagógico, para que usted por sí mismo/a y de manera responsable e independiente, logre con facilidad los aprendizajes de la unidad curricular que desarrolla.

El texto que ahora tiene en sus manos le proporciona información relevante para su proceso de aprendizaje. En él encontrará holísticamente integrados los componentes del proceso didáctico: objetivos, contenidos, actividades, sistema de autoevaluación y procesos de retroalimentación para la autorregulación de sus aprendizajes.

Apoyarán el autoaprendizaje del módulo, profesores tutores y compañeros de grupo que periódicamente se reunirán con usted en la universidad, para aclarar, profundizar, perfeccionar y validar los conocimientos teóricos, prácticos y actitudinales obtenidos en la solución de la propuesta educativa de este módulo. De igual manera contará con asesorías individuales para reorientar y reafirmar los resultados de su estudio.

Esperamos que los logros sean los que usted, la UCA y la sociedad nicaragüense esperan. Reciba nuestro saludo y nuestra bienvenida

